K


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV · ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

Geschichte

des

deutschen Strafrechts

im Umriß.

Von

C. Reinh. Köstlin.

Nach des Verfassers Tod

herausgegeben von

Th. Geßler,
Dr. und ordentlicher Professor der Rechtswissenschaft in Tübingen.

Tübingen, 1859.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.
— Laupp & Siebeck. —

Druck von H. Laupp jr. in Tübingen.

Vorwort des Herausgebers.

Durch den Inhalt des hier erscheinenden Abrisses der Geschichte des deutschen Strafrechts, wie durch das Vorwort Köstlin's selbst zum System des deutschen Strafrechts ist in gleichem Maße die Aufforderung gegeben, das Verhältniß des gegenwärtigen Abrisses zu dem Systeme in diesen Zeilen bestimmter darzulegen.

In einer Anmerkung zum bezeichneten Vorworte erklärte Köstlin, daß er einige Punkte, wie die Frage, ob es ein gemeines deutsches Strafrecht gebe, die Aufzählung der Quellen des gemeinen und particulären Strafrechts 2c. in eine geschichtliche Einleitung verwiesen habe. Die Erörterung dieser nach dem Erachten Köstlin's nicht in das System selbst gehörigen Punkte, so wie die Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des deutschen Strafrechts überhaupt wurde gewiß um so empfindlicher vermißt, als gerade an Arbeiten der letzteren Art unsere strafrechtliche Literatur nicht reich ist.

Für die geschichtliche Einleitung war von Köstlin selbst das hier dem Drucke Uebergebene ursprünglich bestimmt, welches sich in seinem Nachlasse vollständig ausgearbeitet vorfand. Ein Theil hievon war indessen in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. XII. S. 33 ff. Bd. XIV. S. 367 ff. erschienen und konnte dieß, wie andere Momente, namentlich die etwas

kurze Behandlung der neueren wissenschaftlichen Entwicklung des Strafrechts zu dem Gedanken führen, daß Köstlin die zu dem System gehörige Einleitung noch weiter zu bearbeiten beabsichtigte. Von dem Bestreben geleitet, ein von fremder Zuthat möglichst rein gehaltenes Werk Köstlin's zu liefern, konnten übrigens Ergänzungen nur da stattfinden, wo seine späteren Arbeiten den Stoff hiezu darboten.

Würde daher auch voraussichtlich das hier Erscheinende durch seine Hand noch manche Verbesserung erhalten haben, so wird dasselbe doch auch in der gegenwärtigen Gestalt eine stets willkommene Zugabe für das System des deutschen Strafrechts bilden.

Tübingen den 20. Mai 1859.

Der Herausgeber.

Inhalt.

I.

Römisches Strafrecht.

Literatur s. bei Rein, Kriminalrecht der Römer. Leipzig 1844, S. 17—22.

1. Einleitung.

Die Vorfrage, ob die Römer ein abgeschlossenes Strafrecht im vollen Sinne dieses Begriffes gehabt haben, beantwortet sich aus der Geschichte des römischen Strafrechts verneinend [1]), sofern dessen Grenzen bis auf die letzte Zeit vom bürgerlichen Rechte nicht scharf abgesondert waren, vielmehr in dem Privatstrafrechte und dem diesem zu Grunde liegenden Princip des Schadensersatzes sich unmittelbar in dasselbe verliefen. Gleichwohl ist dieses Nichtaufgehen in der Idee der Sache nicht als Mangel der Bildung aufzufassen, da es durch das Wesen der antiken Rechts- und Staatsanschauung selbst als nothwendig gesetzt war, wie denn auch darin der specifische Charakter des römischen Strafrechts gegenüber dem deutschen liegt.

Der antike Staat [2]) verkörperte sich ganz in seinen Bürgern, sein allgemeiner Wille sprach sich unmittelbar aus durch den Willen der freien Person. Daher die Nothwendigkeit des Anklageprocesses vor dem Volksgerichte, die Zulassung der hausväterlichen Gerichtsbarkeit [3]), und die Möglichkeit, einen großen Theil des Strafrechts zum Privatrechte zu stellen. Dem römischen Staate insbesondere lag der Begriff der Persönlichkeit in seiner Abstraktion zu Grunde,

1) Deßhalb paßt die von Rein S. 3—6 gegebene allgemeine Vorstellung vom Kriminalrechte, so richtig sie an und für sich ist, nicht auf das römische Strafrecht in seinem ganzen Umfange.

2) s. Meinen Artikel in Weil Konstit. Jahrb. 1843. II. S. 46 ff. und meine Rec. über Geib in den Jahrb. d. Gegenwart 1843. nr. 6—11. 41—49.

3) Es ist eine unrichtige Auffassung, wenn Abegg in Demmes Annal. II. S. 1 ff. hierin eine Anerkennung des sittlichen Rechts der Familie erblickt.

erst in der Macht des Königthums repräsentirt, dann diese unangemessene Erscheinung mit der allein zusagenden Form der Republik tauschend, aus der er, bei der ungeheuren Ausdehnung des Staats zum Privilegium, d. h. wiederum zum Widerspruch mit sich selbst geworden, wieder in die Form des monarchischen Staats zurückgieng, indem er zugleich (das Institut der Sklaverei ausgenommen) zum Gemeingut und zur Grundlage eines universellen Privatrechts wurde. In der Form des Anklageverfahrens spricht sich dieser Grundgedanke am prägnantesten aus, da wir diese Form (wenn auch zuletzt nur als leere Form) selbst zu einer Zeit noch fortbestehen sehen, wo das Princip längst dem Verfalle unterlag. In dieser Form war nämlich ausgesprochen, daß der Staat gegen das Unrecht von Seiten der Persönlichkeit nur durch das Organ der Persönlichkeit verfahren könne, daher der Strafproceß die Form des Civilprocesses haben müsse, durch Tod oder Rücktritt des Klägers ende, daß der Angeklagte (mittelst des freiwilligen Exils) sich selbst verurtheilen könne u. s. f. Nur derselbe Gedanke, aber in seiner schärfsten Einseitigkeit, lag dem judicium domesticum zu Grunde. Bloß in ihren activen Bürgern nämlich konnte die res publica als personificirt gelten. Wie nun das Verbrechen eines solchen Bürgers nur von der Gesammtheit der Bürger als dem adäquaten Organ des allgemeinen Willens gerichtet werden konnte, so war gegenüber seiner Familie oder seinen Sklaven der einzelne Bürger das Organ dieses allgemeinen Willens: Frau, Kinder und Sklaven bildeten nur die verdichtenden Accidenzen an der vollen Substanz seiner Persönlichkeit, und so gehörte das Haus dem Staate nur mittelbar an [1]). In dieser Behandlung des Hauses, wie in der Behandlung der Fremden, die an den Proceß vor dem Volksgerichte keinen Anspruch hatten, lag das Aristokratische der römischen Persönlichkeit, die nur gegen ihres Gleichen den Satz der Freiheit und Gleichheit anerkannte, an allen Grenzen dieses Kreises aber sofort wieder einen streng monarchischen Charakter annahm (wie der ganze Provincialproceß beweist). So ist es denn endlich nur wieder derselbe Grundgedanke, der in dem so eigenthümlich ausgebildeten Privatstrafrechte hervortritt; da nämlich in der Person des freien Bürgers die Staatssubstanz als unmittelbar mit verletzt erscheinen

1) s. Rubino Uebers. über den Entwicklungsgang der röm. Verfassung. I. S. 137. Anm.

und daher die Genugthuung, die der verletzte Bürger erhielt, zugleich als Genugthuung für das verletzte Allgemeine gelten mußte [1]).

Der specifische Charakter des römischen Strafrechts liegt nun aber wesentlich darin, daß der Dualismus zwischen öffentlichem und Privatstrafrecht, wenn gleich zuletzt auf mannigfache Weise ausgeglichen, doch nie aufgehoben, durch seine ganze Geschichte fortläuft, — während umgekehrt im germanischen Rechte einerseits die beiden Glieder dieses Gegensatzes in der Zeit sich ablösen, andrerseits jedes derselben während seiner Herrschaft den gesammten Stoff des Strafrechts umfaßt.

Die Geschichte des römischen Strafrechts, wie die des römischen Strafprocesses wird am besten [2]) eingetheilt in die Perioden der Königzeit, der Republik und der Kaiserzeit, wobei nur im Auge zu behalten ist, daß sich die Institutionen und der Geist der früheren Perioden vielfach in die späteren fortsetzen, einige aber, wie z. B. die priesterliche und hausväterliche Gerichtsbarkeit ꝛc., unter geringen Modificationen durch den Wechsel der Zeiten sich forterhalten [3]).

2. Die Zeit der Könige.

Rein, S. 24—53. Meine Schrift über Mord und Todtschlag. S. 19—41.

Die historischen Anfänge des römischen Strafrechts weisen uns auf eine vorrömische, italische Urgeschichte zurück, die wir eben nur aus ihren Ueberbleibseln in der römischen Königszeit errathen können [4]).

Obgleich nämlich das Charakteristische der römischen Geschichte das ist, daß wir es bei derselben, was sich aus der Geschichte der Entstehung des römischen Staates erklärt, von Anfang an mit einem relativ sehr ausgebildeten Gemeinwesen, daher auch bereits mit einem schon sehr bedeutenden öffentlichen Strafrechte zu thun haben, so

1) s. Meine Schrift über Mord u. Todtschlag. S. 17 ff. 27 ff.

2) A. M. Platner, Quaest. de jure crim. Rom. p. 4—8.

3) s. die angef. Rec. in den Jahrb. d. Gegenw. n. 8. 9. und Meine Neue Revision § 186 Anm.

4) Extreme Ansichten nach verschiedenen Richtungen hin s. bei Welcker, Letzte Gründe, S. 538, dagegen bei Dirksen Civilist. Abh. I. S. 102 und Abegg de antiquiss. j. crim. Rom. p. 44 ff., — gegen beide Seiten bei Roßhirt N. Arch. XI. S. 7 ff. Besserer de natura poen. I. p. 12 ff. vgl. darüber Meine Abh. über die Perduellio, S. 127—142. Platner quaest. de jure crim. Rom. p. 18—41.

finden wir daneben doch auch Reste von Elementen anderer kulturgeschichtlicher Phasen; ja das eine dieser Elemente zeigt sich sogar als lebenskräftig genug, um aus sich die ganze reiche Fülle des so bedeutsamen römischen Privatstrafrechts zu entwickeln [1]).

Der Streit zwar erscheint unfruchtbar, welches der Systeme das älteste gewesen, und wie sie auf einander gefolgt seien [2]). Genug, daß in die geschichtliche Zeit noch ebensowohl Reste der Privatrache, als des theokratischen Strafwesens hereinragen. Das Nebeneinander der verschiedenen Anschauungsweisen findet einen Erklärungsgrund in der Zusammensetzung des römischen Volks aus verschiedenen schon fertigen Volkseigenthümlichkeiten [3]). Uebrigens kann man das Sakralstrafrecht als eine Mittelstufe zwischen dem Privat- und dem öffentlichen Strafrechte ansehen, sofern es als ein Rachesystem im höhern Sinne aufgefaßt werden darf. Die Reaktion geht hier nicht mehr von dem unmittelbar Verletzten aus, sondern wird im Namen eines höheren Allgemeinen ausgeübt. Aber dieses Allgemeine ist eben noch personificirt in den einzelnen Göttern, als den Hütern und Horten gewisser, für heilig gehaltenen, Verhältnisse und Institute. Und diese heiligen Personen werden ebenso, wie der verletzte Mensch, als Rache übend oder Versöhnung sich gefallen lassend gedacht. Jedenfalls steht das Sakralstrafrecht dem politisch öffentlichen näher, als die Privatrache, die sich erst zum Privatstrafrecht kultiviren mußte, um überall in einem geordneten Gemeinwesen Platz finden zu können.

Das theokratische Strafrecht [4]) nun erscheint jedenfalls zur Zeit der römischen Könige nicht mehr in seiner Ursprünglichkeit, sondern bereits als Strafrecht der weltlichen Obrigkeit, das nur noch dem Inhalte nach an die frühere theokratische Beziehung erinnert. Solche Anklänge finden sich auch außer dem Kreise der eigentlichen Sakralstraffälle, z. B. in der Strafe des homicidium imprudentia commissum, in der Verhüllung des Hauptes bei der Strafe der

---

1) Rein S. 37 n.* sagt: ich gehe zu weit, wenn ich das ganze Bußenwesen auf das Princip der vindicta privata baue. Allein S. 24. 25 thut er — gewiß mit bestem Rechte — dasselbe.

2) s. Rubino S. 459 ff. Abegg l. c. p. 52 ff. Meine Schrift über Perduellio. S. 105 ff.

3) Rein S. 40. 41 und die dort citt. Stellen von Osenbrüggen und mir.

4) Meine Schrift über Perduellio S. 141 und Platner ib. cit.

Perduellion, in dem caput velatum der unzüchtigen Vestalinnen, in dem Sühnopfer für den Horatier und noch in späteren Expiationen [1]), in der Weihung der bona damnatorum an die Götter, in der Verwendung der pecunia multaticia zu religiösen Zwecken. Mehr als ein bloßer Anklang ist dagegen zu finden in der Bedeutung der Ausdrücke: supplicium und castigatio [2]). Unmittelbar hierher gehört aber die in der Zeit der Könige und noch in der Zeit der Republik übliche Strafe der Sacratio capitis, welche aus einer mythischen Menschenopfersitte [3]) entstanden sein mag, in der historischen Zeit aber eben nur die Bedeutung hatte, daß der Schuldige einem bestimmten Gotte geweiht, und Jedem das Recht gegeben wurde, ihn ungestraft zu tödten.

Bloße Vermuthungen [4]) lassen sich darüber aufstellen, ob in der mythischen Zeit ein größerer oder geringerer Theil des Strafrechts diese religiöse Beziehung gehabt habe, ob dieß namentlich nur bei Privatverbrechen, oder ob es auch bei Staatsverbrechen der Fall gewesen sei? In keinem Falle scheint angenommen werden zu dürfen [5]), daß sich die Strafe der Sacratio capitis nur auf solche Verbrechen beschränkt habe, welche leicht insgeheim begangen werden konnten. In der Zeit der Könige finden wir sie festgesetzt für Verletzungen des Familien- und Klientelverhältnisses und für Verbrechen gegen die Heiligkeit der Flurgränze, während sie in der republikanischen Zeit [6]) in Verbindung mit den leges sacratae, und wahrscheinlich in theilweise andrer Bedeutung vorkommt. Keinem gegründeten Zweifel unterliegt mehr wohl [7]), daß das Sakralstrafrecht einen Theil der Gesetzgebung [8]) bildete, und daß die betreffenden

1) Beispiele bei Rein S. 28. s. auch Wöniger Sakralsystem und Provokation S. 88.

2) Rein, S. 29.

3) Rubino, S. 412. Platner quaest. p. 29. Literatur bei Rein S. 33—35 n. ***.

4) Meine Schrift über Perduellio S. 135 ff. Dollman in Richters krit. Jahrb. 1844. H. 1. S. 27. Rein S. 30 n. **

5) A.M. Rubino S. 412 ff. 476.

6) Serv. ad Virg. Aen. VI. 609. Festus vv. plorare. aliuta. termino. Dionys. II. 10. Plin. Hist. nat. XVIII. 3. Plut. in Rom. c. 22. s. Meine Schrift über Mord. S. 33. 34.

7) Liv. II. 8. 33.. III. 55. Festus vv. Sacer mons. Sacrosanctum. Dion. II. 10. 74. Cic. p. Tull. 47.

8) AM. Roßhirt und theilweise Rubino. s. dagegen Meine Schrift über Perduellio S. 127 ff.

Fälle mittelbar oder unmittelbar vor das weltliche Gericht und zwar vor das des Königs kommen mußten [1]). Entweder nämlich hatte ein Dritter bereits die Aechtung an dem sacer vollzogen, oder dieser wurde vor Gericht geführt. In beiden Fällen mußte das Gericht die sacratio, wenn sie gegründet war, aussprechen, und zwar im ersten behufs der Rechtfertigung des Dritten [2]). (Auch im germanischen Recht finden wir eine Friedloslegung, die vor und nach der Vollstreckung der Rache eintreten kann). Im zweiten Falle hatte man sich ohne Zweifel immer an eine bestimmte Todesstrafe zu halten. Jedesmal aber trat mit der sacratio capitis zugleich eine Konfiscation des Vermögens und zwar zu Gunsten einer Gottheit (meist der Ceres) ein [3]).

Die Ueberreste der Privatrache in Rom sind wohl früher zum Theil überschätzt, auch falsche Beweise dafür angeführt worden [4]). Dagegen muß um so gewisser angenommen werden, daß in dem der Gründung Roms vorhergegangenen Zustande der italischen Völkerschaften Privatrache in Uebung gewesen sein müsse [5]), weil ohne dieß die wirklichen Ueberreste, die sich davon noch in Rom finden, nicht erklärbar wären. Zu diesen Resten gehört aber wohl die dem Ehegatten zustehende Befugniß, den ertappten Ehebrecher zu tödten oder zu mißhandeln, deßgleichen die im historischen Rechte noch vorkommende Talion und Anspielung darauf [6]), ganz besonders aber die noxae dationes und addictiones. Ob in der Urzeit Blutrache der Familienglieder bestanden habe [7]), mag dahingestellt bleiben. Für die historische Zeit erscheint es im Gegentheil charakteristisch, daß wir im Kreise des Privatstrafrechts vorzüglich nur

---

1) Rubino S. 414 ff. Platner p. 31 ff. Sunio ad l. Corn. p. 61 ff. Rein S. 32 ff.

2) Plut. Popl. 12. Plin. Hist. nat. XVIII. 3. Dion. IX, 54. Liv. II. 61.

3) Plut. Rom. 22. Liv. II. 33. 41. III. 55. VIII. 20. Dion. VIII. 79. X. 42.

4) Dirksen Civ.Abh. I. S. 101 ff. Abegg de antiqu. j. crim. p. 36. Zachariä Sulla II. S. 119.

5) AM. Roßhirt Gesch. u. System. II. S. 181. Besserer de nat. poen. p. 10 Platner quaest p. 66 ff. Geib Gesch. d. röm. Crim.-Proc. S. 16 ff.

6) Fest. v. talionis. vgl. Isidor V. 27. Quinct. decl. 358. 372.

7) s. Osenbrüggen das altröm. Parricidium S. 24 ff. Rein S. 38.

Injurien und Eigenthumsbeschädigungen antreffen [1]), während die Tödtung frühe dem öffentlichen Strafrechte angehörte.

Beide Elemente aber, das theokratische, wie das der Selbstrache, erscheinen schon in der Zeit der Könige als verschwindend und aufgehend in die Thätigkeit des seiner selbst bewußten Staates. Nicht nur finden wir nämlich sowohl das Sakral-, als das Privatstrafrecht in der Verwaltung der öffentlichen politischen Behörden, sondern es zeigt sich auch ein bedeutender Kreis von solchen Vergehungen, welche ohne alle derartige Nebenbeziehung unmittelbar vor das Forum des Staats gezogen sind [2]), nämlich: perduellio und proditio, Verwandtenmord, gemeiner Mord, Beschimpfung der Vestalinnen, carmen famosum, Zauberei, Giftmischerei, Verletzung der Zucht und Sitte gegen die Matronen, falsches Zeugniß, Bestechlichkeit des Richters, vorsätzliche Brandstiftung, furtum manifestum der Sklaven, sacrilegium. Zwar werden einige dieser Verbrechen erst in den XII Tafeln erwähnt, gerade bei diesen deutet aber die Art der Strafe auf eine ältere Zeit hin.

Das ergänzende judicium domesticum [3]) aber ist nach dem oben Angef. nicht als eine Beschränkung dieses öffentlichen Strafrechts aufzufassen, wie denn auch im Kollisionsfalle durchaus die öffentliche Gerichtsbarkeit vorgieng.

Die hauptsächlichste Quelle für das Strafrecht dieser Zeit war ohne Zweifel die Gewohnheit, getragen durch die Tradition der Patrizier, und insbesondere der Priester [4]). Doch hat es auch nicht an geschriebenen Gesetzen gefehlt, wiewohl dieses geschriebene Recht noch als ziemlich unvollkommen zu denken ist. Was die, früher sehr überschätzten, neuerdings mit Recht viel angefochtenen, sogen. leges regiae [5]) betrifft, so ist wohl als sicher anzunehmen, daß keiner

1) s. die Stellen in Meiner Schrift über Mord, S. 30—33.

2) Festus vv. parici quaestores. probrum. Cic. de legib. II. 9 § 22. Liv. I. 26. Plut. Rom. 20. Val. Max. I. 1. §. 13. Plin. hist. nat. XXVIII. 2. Serv. ad Virg. Ecl. VIII. 99. Gell. XI. 18. XX. 1. l. 13. pr. D. ad l. Jul. maj. (48. 4). l. 9. D. de incend. (47. 9). l. 236. pr. D. de V. S. (50. 16). Augustin. de civ. Dei. II. 9. vgl. Meine Schriften über Mord rc. S. 34—37. und über Perduellio S. 130. 131.

3) Geib Gesch. des röm. Crim.proc. S. 82—96 und meine Rec. in den Jahrb. d. Gegenw. 1843. nr. 6—11.

4) Cic. de legib. II. 10. de inv. II. 22. 54.

5) s. Dirksen Vers. zur Kritik und Auslegung der Quellen d. Röm. Rechts. S. 234—358 und die bei Rein S. 45. 46 n. *** Angeff. Ueber das jus Papirianum s. Rein S. 47—53.

der angeblichen Gesetzgeber vor Servius Tullius auf historischem Grund und Boden steht [1]), daß wir aber gleichwohl — abgesehen von den Personen, denen sie zugeschrieben werden, — wenigstens einige jener leges, namentlich die über Verletzung der Grenzsteine, über Vergehungen der Ehefrau, über Injurien gegen Matronen, Incest, Verwandtenmord, gemeinen Mord und Perduellion, für ächte königliche Gesetze halten dürfen.

3. Die Zeit der Republik.

Schon unter dem König Servius Tullius waren Volksgerichte angeordnet worden, deren Bedeutung nach Vertreibung der Könige allem entgegengesetzten Kampfe zum Trotz fortwährend zunahm, bis endlich die Anerkennung der Volkssouveränetät definitiv entschieden ward [2]). Schon durch die erste lex Valeria de provocatione wurde dem Volk das Recht übertragen, de capite civis in den Centuriatkomiten in letzter Instanz zu richten [3]), und, obgleich vielfache Versuche von Seiten der alten Aristokratie gemacht wurden, den Fortschritt der Volksmacht zu hemmen [4]), so gelang dieß doch so wenig, daß vielmehr in fortgesetzten, mehr und minder stürmischen Kämpfen das Volk Koncession auf Koncession eroberte, und so jene Blüthenzeit des römischen Freistaats herbeigeführt wurde, in welcher aus einer glücklichen Harmonie des socialen Zustandes mit der Staatsverfassung die vollkommene Verwirklichung der Idee der Republik in dem Maße, in welchem sie der alten Welt überall möglich war, hervorgieng. Gerade der Kampf der Stände, der zur Anerkennung ihrer gleichen Berechtigung führte, machte Rom groß, aber sein Ende war auch der Anfang von Roms Verfall, indem er dem Kampf der Partheien Platz machte. Der Stand der Plebejer in seinem Jahrhunderte langen Ringen nach dem Siege, den er endlich so glänzend erfocht, war es gewesen, der in den Kriegen

1) vgl. Tac. Annal. III. 26.

2) s. außer den bekannten Werken von Walter, Geib, Göttling, Rubino, Peters, Drumann und Zachariäs Sulla, besonders auch E. Laboulaye Essai sur les lois criminelles des Romains. Paris. 1845. nebst meiner Rec. in der N. Jen. Lit. Ztg. Febr. 1846.

3) Huschke Servius Tullius. S. 397. n. 4. Geib S. 30—35. Meine Schrift über Perduellio. S. 108 ff.

4) Wöniger das Sakralsystem und das Provokationsverf. S. 288—296.

Roms Herrschaft ausbreitete und zu Hause den eben durch seine politischen Kämpfe sich ausbildenden Organismus der Verfassung mittelst weiser Ausübung der gesetzgebenden Gewalt, strenger Rechtspflege und strengem Wachen über die verantwortlichen Magistrate schützte und befestigte. Er hatte sich namentlich auch von der geheimthuerischen Aristokratie in den XII Tafeln eine öffentliche Niederschrift des geltenden Rechts für das ganze Volk errungen, und das Strafrecht insbesondere fand seinen Mittelpunkt in den Centuriat- und Tributkomitien, in welchen der Mittelstand dominirte [1]). Dabei zeigte dieser Stand politische Weisheit genug, um es nicht auf eine Vernichtung der gegnerischen Macht anzulegen, vielmehr ihr gegensätzliches organisches Verhalten in den gemessenen Schranken zu dulden, ja zu fordern. Daher blieb der Senat in seiner Stellung als Verwaltungs- und Richterbehörde gegenüber den Unterthanen des Staats, den Bundesgenossen und Fremden immer im Wesentlichen ungekränkt, und selbst im Innern ließ man sich Diktatur und diktatorisches Eingreifen der Konsuln an der Spitze des Senats bei augenblicklicher Staatsgefahr ruhig gefallen, eben wie das intra pomoerium so stolze Volk sich extra pomoerium in die strengste militärische Disciplin zu fügen wußte [2]).

Indessen erhielt sich der römische Staat nur kurze Zeit auf dem Zenith seiner inneren Größe, und die Ursachen seines Verfalls hatten schon zur Zeit seiner Blüthe zu wirken angefangen. Gerade jener Mittelstand nämlich, auf dessen glorreichen Anstrengungen Roms Größe im Innern und seine wachsende Macht nach Außen beruhte, gab mit seinem politischen Siege sich selbst auf, indem er sich einerseits in eine neue Aristokratie, und andrerseits in Pöbel, und zwar in die schlimmste Sorte, in halbgebildeten, sittenlosen, anspruchsvollen Pöbel verlor. Es bildete sich jene gefährliche Art von socialem Zustand, wo einer relativ geringen Anzahl von übermäßig Reichen eine nicht mehr zu befriedigende Masse von Armen gegenübersteht. Dem großartigen, den Staat belebenden Kampfe der Stände folgte nun der kleinliche, wenn auch durch große Subjektivitäten ausgezeichnete, Kampf der Partheien, welcher dem Staate

---

1) **Polyb.** VI. 14. Gegen die Annahme einer Strafgerichtsbarkeit der Curiatkomitien (Niebuhr u. A.) s. **Geib** S. 32—34. **Schmiedicke** hist. proc. crim., p. 54—56.

2) Cic. de Rep. I. 40.

das Mark aussog, — ein Kampf zwischen alter und neuer Aristokratie, bei welchem die Masse des Volks als Kanaille behandelt (wenn auch als eine Versammlung von Königen gehätschelt) und eine allgemeine Demoralisation zur öffentlich eingestandenen Thatsache wurde. Es ist eine richtige Bemerkung [1]), daß bei einem solchen socialen Zustande die republikanische Regierung nicht mehr möglich, die Verfassung eine Lüge, daß die einzige Auskunft eine völlige Reform der Gesellschaft, und jede Aenderung in den politischen Institutionen nur ein Palliativ war. Gleichwohl ist es eine Einseitigkeit, den Verfall der römischen Republik eben nur aus dieser Krankheit des socialen Zustands und dem dadurch an die Oberfläche getriebenen Partheienkampf des gewissenlosen Ehrgeizes abzuleiten [2]).

Man bedenkt nicht genug die weltgeschichtliche Stellung des römischen Staats, welchem mit dem Vorzug, die höchste Spitze des politischen Lebens der alten Welt darzustellen, auch die Aufgabe zufiel, den Untergang dieses Lebens und den Proceß eines universellen Wendepunkts durchzumachen. Der Mangel der antiken Freiheit nun lag darin, daß sie, auch in ihrer möglichst demokratischen Erscheinung, wesentlich aristokratischer Natur war. Freilich war dieß eine Nothwendigkeit für sie. Denn eben, weil der Staat der alten Welt noch als unmittelbar verkörpert in seinen Bürgern gedacht wird, so muß er stets auf einen engen Raum (eine Stadt) beschränkt sein, und neben relativ wenigen aktiven Potenzen einen großen passiven Ballast haben, wozu eben Alles gehört, was nicht Aktivbürger ist. So finden wir es denn auch in Rom, und die innere Blüthe von Rom dauerte auch eben so lang, als diese Grundlage des antiken Staatslebens unerschüttert blieb. Das Eigenthümliche ist aber beim römischen Staate, daß diese Grundlage hier nicht unerschüttert bleiben konnte. Man muß die politische Weisheit dieses Volks aufs Höchste bewundern, wenn man bedenkt, wie spät dieser Wendepunkt eintrat, wie lang sie ihn unter immer schwieriger werdenden Verhältnissen aufzuhalten wußte. Denn in der That hat sie dieß vermocht, während nach und nach fast ganz Italien unter römische Botmäßigkeit gebracht war. Sie hat es vermocht durch die Kunst einer politischen Selbstbeherrschung, wie sie nirgends seltener

1) Laboulaye a. a. O. S. 7.

2) s. Meine Rec. in der N. Jen. Lit. Ztg. 1846. nr. 31. 32.

ist, als in einer Republik. Aber alle Klugheit in den Kolonisationsmaßregeln, in der liberalen Behandlung der Bundesgenossen und Unterthanen, in der Freilassung des Senats in Beziehung auf die auswärtigen Angelegenheiten, all dieß konnte nicht auf die Dauer halten. Eben mit der römischen Kultur kam in die Bundesgenossen und Unterthanen auch der Trieb, gleiche Berechtigung mit den Römern zu begehren und das römische Bürgerrecht zu verlangen, welches seine Bedeutung verlor, sobald es aufhörte, Privilegium eines räumlich beschränkten Bürgervereins zu sein. Dieser Trieb mußte befriedigt werden, obgleich dadurch mit der römischen Staatsverfassung die gesammte Rechts- und Staatsanschauung der alten Welt untergieng. Hiefür ihr Leben eingesetzt zu haben, macht die tragische Größe der Gracchen aus. Die Ertheilung des Bürgerrechts an die Bundesgenossen gab nicht nur der römischen Aristokratie [1]), sondern der römischen Staatsverfassung selbst den Todesstoß, welche damit nothwendig der absoluten Monarchie zugetrieben wurde. Die Freiheit hörte auf, ein Privilegium zu sein, sie sollte Gemeingut werden, — und die Verallgemeinerung des römischen Bürgerrechts gieng ja noch in der Kaiserzeit Schritt für Schritt vorwärts, — damit hörte sie aber auf dem Boden der antiken Rechtsanschauung nothwendig auf, politische Freiheit zu sein, wenn sie auch als privatrechtliche fortexistiren konnte. Die Republik war innerlichst vernichtet und der Despotismus, als die einzige Möglichkeit, eine zusammenhaltende Einheit herzustellen, eine Nothwendigkeit. Er war zugleich eine Wohlthat, da er mit der Freiheit und dem Rechte, die er den entsittlichten Römern nahm, die ganze übrige civilisirte Welt begabte, und die Idee der Gleichheit zum ersten Male praktisch zur Geltung brachte. Das kann man anerkennen, und daneben doch der Klage und dem Zorn eines Tacitus ihr Recht lassen; denn freilich war dies Nivelliren eine in manchem Sinne barbarische Operation. Indessen hat Tacitus selbst geahnt, daß eine Regeneration der Idee der Freiheit nicht aus der abgelebten römischen, sondern nur aus einer frischen, der germanischen Nationalität hervorgehen werde.

Von diesem allgemeinen Verlauf der Dinge in der römischen Republik erhielt auch die Geschichte des Strafrechts ihre Färbung.

---

1) Laboulaye a. a. O. S. 8.

Leider sind aber gerade für die Anfangs- und die Blüthenzeit des Freistaats die Nachrichten hierüber spärlich und dunkel, während sie in der Zeit des Verfalls viel reichlicher strömen, und uns einen der wichtigsten Beiträge zur Geschichte dieses Verfalls geben.

Behufs der Ausübung der Strafrechtspflege waren seit der Vertreibung der Könige alle die drei großen Gewalten thätig, deren energisches und eifersüchtiges Zusammenwirken das Leben des römischen Staats ausmachte, Volk, Senat und die Magistratur. Nebenher wirkte sowohl die häusliche Gerichtsbarkeit, als die der Priester in ihren beschränkten Sphären fort, und als neu kam das censorische Rügeamt hinzu.

Die gedachten drei Gewalten hatten übrigens keineswegs die gleiche Bedeutung. Vielmehr war es das Volk, welches sich allmälig die höchste errang und die andern in den Hintergrund drängte, ohne sie jedoch aufzuheben.

Zunächst nach der Vertreibung der Könige zwar zeigt sich diese Entwicklung nur erst in ihrem Anfang, und es bedurfte wiederholt der ernstlichsten Anstrengungen, um dem schon frühe ausgesprochenen Princip der Volkssouveränetät auch die unbestrittene praktische Realität zu sichern. Damals behauptete vielmehr die Magistratur noch denselben Anspruch auf die Kriminaljustiz, wie ihn die Könige gehabt hatten [1]), und, obgleich schon das Valerische Gesetz gegen alle, auf Todesstrafe oder körperliche Züchtigung lautenden, Urtheile der Magistrate, selbst der Konsuln, die Provokation an das Volk gestattete [2]) und hiemit bereits die Gerichtsbarkeit der Magistrate in Kapitalsachen im Prinzip aufhob [3]), so zeigen doch die wiederholt nöthig werdenden Einschärfungen, wie lange es währte, bis dieser Fundamentalsatz der Volkssouveränetät in völlig anerkannte Wirksamkeit trat. Während in den XII Tafeln [4]) positiv ausgesprochen war, daß überhaupt de capite civis nur das Volk in den Centuriatkomitien richten solle, so bedurfte es gleichwohl noch zweier Valerischen und mehrerer Porcischen Gesetze, um auch nur das Recht des Volks auf das Urtheil in zweiter Instanz kräftig aufrecht zu

1) Liv. II. 1. Cic. de rep. II. 32. Cassiodor. Var. VI. 1.

2) Dion. V. 19. 70. Cic. de rep. II. 31. Liv. II. 8. Plut. Popl. 11.

3) Laboulaye S. 85—89.

4) Cic. de legib. III. 44. Dirksen S. 644—650.

erhalten [1]). Allein je länger der Kampf, um so entschiedener war der Sieg, von dessen tiefgreifender Bedeutung die Römer das klarste Bewußtsein hatten [2]). In der That war damit die Gerichtsbarkeit der Konsuln auf bloße Geldstrafen eingeschränkt, und abgesehen davon, daß sich allmälig das Volk, Geldbußen in erster Instanz zu erkennen, eifrigst vindicirte, wurde auch diese Gerichtsbarkeit noch der Provokation unterworfen und damit vollends zu nichte gemacht [3]), ein Schicksal, welches die Jurisdiktion der übrigen Magistrate, die Decemvirn und den Diktator ausgenommen [4]), mit ihr theilte.

Gleichwohl behielt die Magistratur in gewissen Schranken — theils direkt, theils indirekt — strafgerichtliche Bedeutung. Ersteres durch das Organ der Diktatur und späterhin, als diese Form nicht gerne mehr gewählt wurde, durch das Organ der mit außerordentlicher Vollmacht bei unmittelbarer Staatsgefahr bekleideten Konsuln [5]), — beides freilich Erscheinungen, die jedesmal eine Krisis anzeigten, und gegenüber dem geregelten Gange der Staatsverwaltung gefährliche Ausnahmen bildeten [6]). — Indirekt dadurch, daß sie sowohl beim Volksgericht, als bei den dessen Stelle vertretenden Gerichtscommissionen unentbehrlich war. Bei den Komitien mußte ein Magistrat als Ankläger und Leiter der Verhandlung thätig sein, was ihm denn, da der Strafantrag von ihm ausgehen mußte, ein großes Gewicht gab [7]). Die Gerichtskommissäre aber, welche sowohl vom Volk, als vom Senat für einzelne Fälle ernannt wurden, um mit einem von ihnen beizuziehenden Concilium einen Kriminalproceß abzumachen, wurden gleichfalls nur aus den Magistraten genommen [8]). (Eine Abweichung hievon war wenigstens die seltenste Aus-

---

1) Liv. III. 55. X. 9. Fest. v. optima lex. Peters Epochen ꝛc. S. 40. Göttling § 139.

2) Cic. de orat. II. 48. Liv. III. 55. Val. Max. IV. 5, § 1.

3) Liv. XXXVII. 51. XL. 42. Fest. v. Saturno. Geib S. 158. 159. vgl. S. 22—26. u. 28.

4) Polyb. III. 87. Liv. III. 36. Dion. X. 59. 60. l. 2 § 18 D. de orig. jur. (1. 2.) Zonaras VII. 19.

5) Cic. de legib. III. 3. Philipp. XI. 12. Liv. VI. 19. Sall. Cat. 29.

6) Liv. III. 4. Dio Cass. XXXVII. 38. Drumann V. S. 545 ff.

7) Sigonius de jud. III. 5. Schmiedicke hist. proc. crim. p. 61. 67. 68.

8) s. Meine Schrift über Perduellio S. 108—115. Wenn Laboulaye S. 127 mir die Meinung aufbürdet, daß diese quaestores (parricidii) eine ständige Magistratur gewesen seien, so kann er meine Schrift, die er citirt, gar nicht gelesen haben. Ebenso ist auf ganz unrichtige Voraussetzungen gebaut die

nahme.) Solche Beauftragte (quaestores) erscheinen zwar in einigen Fällen an eine Instruktion von Seiten des Senats oder der Volksversammlung gebunden, denen sie dann auch über die Vollziehung ihres Auftrags Bericht zu erstatten haben [1]; in der Regel aber handeln sie unabhängig, und es spricht wenigstens die größte Wahrscheinlichkeit dafür, daß gegen ihre Erkenntnisse nicht einmal Provokation zulässig war [2]. Es erhellt hieraus, daß die Magistrate, auch nachdem ihre eigene Jurisdiktion so gut als untergegangen war, gleichwohl auf die Ausbildung des öffentlichen Strafrechts den größten Einfluß behielten, der immer bedeutender werden mußte, je mehr es das natürliche Bestreben des Volks wurde, sich der Mühe der unmittelbaren Verwaltung der Strafrechtspflege zu entschlagen.

Noch entschiedener trat aber in der Privatstrafrechtspflege die Thätigkeit der Magistrate hervor, von welcher die Ausbildung dieses Rechtstheils gerade ganz vorzüglich ausgieng [3]. Dieser Theil der Strafrechtspflege war von der größten Bedeutung, da gemäß der römischen Rechts- und Staatsanschauung die Auffassung des Verbrechens als einer Privatrechtsverletzung nicht als eine unreife Vorstufe erschien, vielmehr eine wesenhafte, darum auch durch alle Kulturphasen hindurch bleibende Bedeutung hatte, wie sie denn auch von frühe an in ihre richtigen Grenzen, nämlich auf die Verletzungen der einzelnen Seiten der Persönlichkeit, eingeschränkt war. Gerade diese Einschränkung ist charakteristisch. Das Leben erscheint von vornherein nicht als Gegenstand eines Privatdelikts, wohl aber Integrität des Körpers, Ehre, Freiheit [4], Vermögen. Gewisse Arten von Vermögensverletzungen fielen zwar von Anfang herein um ihrer gemeingefährlichen oder religiösen Beziehung willen dem öffentlichen, insbesondere dem Sakralstrafrechte zu, z. B. Brandstiftung, nächtlicher Getreidediebstahl ꝛc. Sonst aber sind es eben die einzelnen Seiten der Persönlichkeit, deren Verletzungen die eigenthüm-

Polemik von Geib S. 50 ff. vgl. dagegen Dollmann in Richters krit. Jahrb. 1844. Jan. S. 23. 24.

1) Liv. XXXI. 12. XXXIX. 19. XLIII. 2.

2) Schmiedicke l. c. p. 126. Burkhardt Krim. Gerichtsb. der Römer. S. 17. Rubino S. 443. n. 2. Geib S. 160. 161.

3) Rein S. 54. 62. 63.

4) Madai Comm. jur. rom. de vi publ. et priv. p. 89—92. Rein S. 736. not. **

liche Sphäre der Privatdelikte (furtum, rapina, injuria, damnum injuria datum) ausmachen. Namentlich umfaßte die injuria sehr Vieles, besonders auch Körper- und Freiheitsverletzungen [1]). Andererseits war Gewaltthätigkeit, die sich auf das Vermögen bezog, durch die Interdikte über die vis, außerdem unter den Rubriken des furtum, damnum und der rapina verpönt. Der Betrug fiel theilweise unter das furtum; im Uebrigen halfen wieder die civilrechtlichen Bestimmungen über das dolo facere aus [2]). Die Ausbildung dieses gesammten Rechtstheils fiel nun vorzugsweise den Edikten der Magistrate, insbesondere der Prätoren und Aedilen anheim und nahm hiedurch an dem Gewinne Theil, welchen diese aus der Fülle des Lebens heraus arbeitende, dem Bedürfniß und seinem Wechsel sich anschließende Fürsorge auf so eigenthümliche Weise mit sich brachte.

Von höchster Bedeutung endlich war das Institut der Censur [3]), welche ein moralisch-politisches Disciplinarstrafrecht ausübte.

Der Senat nahm zu verschiedenen Zeiten eine verschiedene Stellung ein. Zu Anfang der Periode behielt er unfehlbar neben den Magistraten dieselbe Bedeutung bei, die er neben den Königen gehabt hatte. Allein diese mußte sich gegenüber dem aufsteigenden Princip der Volkssouveränetät ebenso verlieren, wie die Gerichtsbarkeit der Magistrate selbst, deren consilium er bildete [4]). Nur in kritischen Zeiten gewann er mittelbar wieder großen Einfluß in der Aufstellung eines Diktators oder in der Bevollmächtigung der Konsuln zu außerordentlichen Maßregeln. Dieses exceptionelle Hervortreten des Senats und der Magistratur [5]) bildet neben dem censorischen Rügeamt und dem judicium domesticum die Schranke des herrschenden Prinzips, welche dessen Einseitigkeit nothwendig machte. Wesentlich ist aber eben die bloß exceptionelle Natur dieser Thätig-

---

1) Injuria umfaßte nicht nur die Verletzung der Ehre als idealen Guts (Contumelia), sondern alle Kränkungen der Person, wodurch diese an ihrer freien Bewegung in ihrem Rechtskreise gehindert wurde.

2) Rein S. 330. 331.

3) Jarcke, Versuch einer Darstellung des censorischen Strafrechts. Gerlach die röm. Censur in ihrem Verhältniß zur Verfassung. Pauly Realencyklopädie II. S. 251 ff.

4) Cicero de legib. III. 19. Dirksen üb. die XII. Tafeln. S. 645.

5) Obgleich der Senat hier de jure immer nur die sekundäre Rolle der Berathung hatte, so trat er doch ohne Zweifel de facto als die bestimmende Macht hervor.

keit des Senats im Verhältniß zu den Verbrechen römischer **Bürger**, eine in verfassungsmäßige Formen gebrachte Administrativmaßregel zur Beseitigung der Gefahr der im unmittelbaren Volksgerichte liegenden demokratischen Abstraktion. Zwar gewann der Senat einen bedeutenden Einfluß auf die Gesetzgebung überhaupt [1]), aber er äußerte solchen weit mehr im eigentlichen Staatsrecht, als im Strafrecht, wiewohl allerdings einzelne kriminalrechtliche Senatuskonsulte, z. B. über Brandstiftung, vorkommen. — Um so wichtiger wurde dagegen die Stellung des Senats gegenüber den Unterthanen in Italien und den Provinzen, sowie gegenüber den Provinzialbeamten. Hier trat er als wirkliches Gericht, selbstständig oder durch Commissionen, auf. Am unabhängigsten und wichtigsten war diese Jurisdiktion hinsichtlich der Delikte der römischen Statthalter, während sie für andere Verbrechen außerhalb Roms durch die Gerichtsbarkeit eben dieser Statthalter und der Lokalobrigkeiten beschränkt war. Sie floß aus der Stellung des Senats als der ausschließlichen Behörde für die auswärtigen Angelegenheiten, konkurrirte übrigens hinsichtlich der von römischen Bürgern außerhalb Roms begangenen Verbrechen mit der Jurisdiktion des Volks, da römische Bürger sich immer auf das Volksgericht berufen und ihren Proceß an dieses bringen konnten [2]). Natürlich wuchs nun diese Jurisdiktion des Senats erst allmählig an Bedeutung. So weise es berechnet war, die Regierung der römischen Unterthanen nicht dem Volke, sondern dem Senate zu überlassen, so diente doch nach ausgeglichenem Kampfe der Stände gerade diese Stellung des Senats vornämlich zur Nahrung des Partheikampfs, indem es Politik des Senats wurde, seine Gerichtsbarkeit über die Provinzialbeamten, sowie seine Oberaufsicht über deren eigene Rechtspflege nur im Interesse seiner Partheistellung auszuüben. Vorzüglich wichtig wurde aber die Gerichtsbarkeit des Senats und der Provinzialbeamten dadurch, daß sie den Keim des späteren allgemeinen Reichsprocesses in sich enthielt, in welchem unter der Kaiserregierung der specifisch römische Proceß

1) Gaj. I. 4. Ascon. in Cornel. p. 67 sq. ed. Orell.

2) Es erklärt sich leicht, warum die Provinzialmagistrate in solchem Falle eine derartige Berufung gern unterließen, sondern sich — wenigstens in der späteren Zeit — lieber vom Senate den Prozeß machen ließen, der ein gleiches Interesse mit ihnen und in den betreffenden Fällen den Vortheil hatte, sich auf der Grenze zwischen eigentlicher Straf- und bloßer Disciplinargerichtsbarkeit halten zu können. s. meine Rec. in der N. Jen. Lit. Ztg. 1846. S. 127.

untergieng, nachdem die römische Civität ein Privilegium zu sein aufgehört hatte, und alle römischen Bürger zu Unterthanen geworden waren [1]).

Die bedeutsamste Jurisdiktion stand aber dem Volke zu. — Sie bedurfte zwar, nachdem der Grund dazu schon in der Servianischen Verfassung gelegt gewesen war, längerer Zeit und harter Kämpfe zu ihrer definitiven Feststellung. Dann aber absorbirte sie in sich auf die angegebene Weise die Strafgerichtsbarkeit der Beamten (soweit solche sich nicht auf die Privatdelikte bezog), während die Letztern im Anfang nur die dem Namen nach verschiedenen Nachfolger der Könige gewesen waren. Dem Senate gegenüber hatte aber die Volksgerichtsbarkeit darin den Vorrang, daß ihr der specifisch römische Proceß, d. h. über Verbrechen römischer Bürger zufiel, daher auch in der dem Senate, als der Behörde der auswärtigen Angelegenheiten, eigenthümlich zugehörigen Sphäre der Verbrechen der Provinzialbeamten das Volksgericht, wenn es wollte, jedesmal den Vorzug hatte. Nur mittelbar wußte der Senat auch innerhalb der Sphäre der Volksgerichtsbarkeit dadurch seinen Einfluß zu behaupten, daß die Consilien für die vom Volk abgeordneten richterlichen Kommissionen aus seiner Mitte genommen werden mußten, — der Erisapfel, um welchen sich die Partheikämpfe des 7ten Jahrhunderts um die Herrschaft über die Strafgesetzgebung und Strafrechtspflege vorzüglich drehten.

Mithin trat auch in der Kriminaljurisdiktion der eigenthümliche Mechanismus der römischen Staatsverfassung auf sehr bestimmte Weise hervor: einerseits das souveräne Volk als die Quelle aller Gewalten, andrerseits ihm gegenüber der Senat, der sich in gesetzgebende und richterliche Gewalt, wie in einen Theil der höheren Verwaltung ohne genaue Abgrenzung mit dem Volke theilt; zwischen diesen beiden unabhängigen und unverantwortlichen Gewalten die relativ von beiden, und vollkommen unter sich selbst unabhängige Magistratur; überall Gewaltbeschränkung durch Konkurrenz, nicht durch Theilung der Attributionen. Die Magistrate erscheinen gezügelt durch ihre kriminelle Verantwortlichkeit vor den Volkskomitien, ihre pekuniäre vor dem Senat, ihre moralischpolitische vor der Censur, endlich durch die eifersüchtige Oberaufsicht des Tribunats, welches dem aristokratischen Schwerpunkte des Senats

1) Geib, S. 39—50. 217 ff. und meine Rec. in den Jahrb. d. Gegenw. 1843. Nr. 10.

gegenüber den demokratischen behauptet. Dabei erscheint es als bedeutsam, daß weder der Senat, noch das Volk ohne die Vermittlung der übrigen Gewalten in Thätigkeit treten konnten, und daß gerade der souveränsten Gewalt, dem Volke, die wenigste unmittelbare Aktivität zukam [1]).

Nur freilich verlor sich später das Gleichgewicht dieser Verfassung, wofür der tiefere Grund weder in der steigenden Macht des Tribunats, noch in dem durch die Eroberungen erwachsenden Uebergewichte des Senats und der Provinzialmagistrate, noch in andern nur als Symptom zu betrachtenden Momenten, sondern in der inneren Nothwendigkeit für den Begriff der antiken Freiheit, sich demokratisch zu expandiren, und in der weltgeschichtlichen Aufgabe der römischen Nationalität überhaupt zu suchen ist, welche in ihrer kosmopolitischen Ausbreitung sich selbst zerstören mußte.

Auch diese allmählige Auflösung des Gleichgewichts der Verfassung tritt in der Strafrechtspflege auf eigenthümliche Weise hervor.

Zuvörderst erscheint das Gleichgewicht als bestehend in den konkurrirenden Rechtsquellen, welche je einer der drei Hauptgewalten angehörten, leges, senatus consulta, edicta magistratuum. Alle diese Rechtsquellen schloßen sich mehr oder minder eng an den Grundstamm der Zwölftafelgesetzgebung an, welche ihrerseits noch innerhalb der Periode des Ständekampfs fällt, wodurch erst jenes Gleichgewicht begründet wurde.

Die Zwölftafelgesetzgebung [2]) zeigt deßhalb noch kein durch politische Einflüsse bestimmtes Strafrecht. Hier, wie in andern Rechtstheilen, erscheint sie nur als Aufzeichnung der bisher in Uebung gewesenen Stammrechte. Sie enthält aber überhaupt nur wenig kriminalistische Bestimmungen, und zeigt das Strafrecht noch auf einer unreifen Entwicklungsstufe. Wahrscheinlich nahm sie mehrere der sogen. königlichen Gesetze in sich auf, während andere, wie namentlich das über perduellio, neben ihr fortbestanden. Sie enthält öffentliches und Privatstrafrecht neben einander, zugleich so, daß der Unterschied beider Standpunkte noch nicht in seiner Reinheit hervortritt, vielmehr beides vielfach in einander überläuft [3]).

1) Die weitere Ausführung hievon bildet den Hauptinhalt der mehr angef. Schrift von E. Laboulaye.

2) Dirksen. Uebersicht der bish. Versuche zur Kritik 2c. der XII Tafelfragmente. Die übrige Literatur s. bei Rein S. 58.

3) Meine Schrift über Mord u. Todtschlag. S. 21—32.

Insbesondere gibt sie von der Entstehung des Privatstrafrechts aus der Privatrache (qui membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto) Zeugniß [1]), und, wenn sie zwar bei Tödtung und Brandstiftung zwischen dolus und casus unterscheidet [2]), so erscheint doch im Uebrigen der Begriff der Schuld noch sehr unentwickelt. Sie enthält noch die noxae datio, sie schränkt die öffentliche Strafe auf sehr wenige Fälle ein, so daß sie in der Regel bei geringeren Graden desselben Delikts Buße zuläßt [3]). Wo casus (der die culpa mitbegriff) von dolus unterschieden wird, zieht er nur Buße nach sich [4]), während andererseits bei einigen Verbrechen, z. B. Realinjurien, zwischen dolus und casus kein Unterschied gemacht zu sein scheint [5]). Ob sie auf den Versuch des Verbrechens Rücksicht genommen habe, erscheint wenigstens als zweifelhaft [6]). Jedenfalls überwiegt der privatstrafrechtliche Gesichtspunkt, dem das Princip des Schadensersatzes und das der Strafe noch ineinander laufen. Bestimmungen des Sakralrechts stehen neben den dem Privatstrafrechte angehörigen, und zwischen beiden arbeitet sich das politisch öffentliche Strafrecht hervor; dem äußerlichen Nebeneinander entspricht der Mangel an innerer Entwicklung.

Eben um dieser entwicklungsfähigen Keime willen wurde die Zwölftafelgesetzgebung für längere Zeit der Mittelpunkt des römischen Strafrechts, dessen weitere Bildungen, in verschiedenen Richtungen fortschreitend, nur als Entwicklung des dort niedergelegten Grundstoffs erschienen.

Am wenigsten tritt dieß wohl hervor in der vom Senat ausgehenden Gesetzgebung und Rechtspflege, da diese, sofern sie auf Verbrechen in Rom selbst sich bezog, exceptioneller Natur war, gegenüber den Italioten und Provinzialen aber eine unmittelbare Anschließung an römisches Stammrecht weder geboten, noch als Regel räthlich, daher, wo sie vorkam, nur das ungezwungene Ergebniß

1) Gaj. III. 223. Fest. v. Rupitias. Plin. hist. nat. XVII. 1. Gaj. III. 190. l. 7. § 14. D. de pact. (2. 14).

2) Serv. ad Virg. Ecl. IV. v. 43. Id. ad. Virg. Georg. III. v. 387. l. 9. D. de incend. (47. 9). Meine Schrift üb. Mord und Todtschl. S. 52—59.

3) Plin. hist. nat. XVIII. 3. Gell. XI. 18.

4) l. 9. D. de incend. (47. 9).

5) Gell. XX. 1.

6) Cic. Tusc. IV. 2. Arnob. adv. gentes. IV. a. E. Horat. Sat. II. 1. v. 82. 83. Porphyr. ad. h. l. Meine Schrift über Mord u. Todtschl. S. 42—48. 87—95.

des allgemeinen Rechtsgeistes der Behörde war. Ohne Zweifel wird der Senat, wie die Provinzialbeamten, dabei auf die einheimischen Rechtsgewohnheiten Rücksicht genommen haben, wie man ja auch einen Theil der Strafgerichtsbarkeit jederzeit den Ortsobrigkeiten überließ. Nur in Beziehung auf prozessualische Bestimmungen und bei Verbrechen, die gerade das Unterthanen-Verhältniß gegen Rom betrafen, lag es in der Natur der Sache, daß die römische Regierung sich eigene Grundsätze bilden mußte. Wenigstens ist es wohl keinem Zweifel unterworfen, daß der Provinzialproceß dem römischen gegenüber von Anfang an durch das inquisitorische Element sich unterschied. Ueberhaupt aber gehört die gesammte, unmittelbare, strafrechtliche Thätigkeit des Senats weniger der ersten, als der zweiten Hälfte der republikanischen Zeit an [1]), da sie eben nur auf Unterthanen und die über diese gesetzten, römischen Beamten sich bezog, mithin in der ersten Periode der Stoff dazu nur in geringerem Umfange vorhanden war [2]).

Um so enger schloßen sich an die 12 Tafeln die Edikte der Magistrate und die Thätigkeit des Volks in Strafsachen an, so zwar, daß den ersteren vorzugsweise die Fortbildung des Privatstrafrechts, letzteren die des öffentlichen zufiel, und eben damit der Rest von Sakralrecht sich allmälig vollends ganz in öffentliches Strafrecht auflöste.

Der fortgehende Dualismus dieser beiden Rechtsgebiete ist das charakteristische Moment des römischen Strafrechts, welches hier, nach der Gewohnheit des römischen Rechts überhaupt, die zwei Glieder der Antithese, die im vollen Begriff der Sache synthetisch verbunden sind, abgesondert auseinander treten läßt und jedes für sich zum Mittelpunkte eines eigenen Systems macht. Die Trennung ist dann auch formell, wie materiell durchgeführt. Das Privatstrafrecht beruht, abgesehen von der lex Aquilia, fast ausschließlich auf den Edikten der Magistrate, es schließt sich in seiner Ausbildung der Civiljurisprudenz an, wie auch die betreffenden Delikte vor die Civilgerichte ressortirten. Zugleich brachte es die Natur der Sache mit sich, daß in diesem Theile des Strafrechts materiell ganz andere

1) Erst gegen das Ende der Republik hörte dieß wieder auf, da der Senat überhaupt in Schwäche und Ohnmacht sank. s. Geib. S. 217—219. vgl. S. 47.

2) s. Rein. S. 605—611. Geib. S. 47. not. 24. s. Meine Rec. in den Jahrb. der Gegenw. 1843. Nr. 46.

Grundsätze geltend gemacht werden mußten, als in dem entgegengesetzten [1]). Dort erschien das Verbrechen wesentlich als Rechtsverletzung und zwar als Privatrechtsverletzung, die daher nur als wirklich vollbrachte beachtet wurde [2]). So wenig deßhalb hier von dem Begriffe des Versuchs die Rede sein konnte, so wenig war andererseits dieser Rechtstheil geeignet, eine freiere und feinere Entwicklung der subjektiven Schuldunterschiede hervorzurufen [3]). Zwar finden sich solche theils aus dem Civilrechte, theils aus dem öffentlichen Strafrechte entlehnt (die Lehre von der culpa beim damnum injuria datum, die Bestrafung des Gehilfen beim vollendeten Delikt), aber sie wurden nicht konsequent durchgeführt, wie denn nicht nur die intellektuelle Urheberschaft, sondern auch die Beihilfe, wo das Verbrechen nicht konsummirt war, eben wie der Versuch selbst, ohne rechtliche Bedeutung waren. Endlich aber konnte der Begriff der Strafe sich hier niemals von dem des Schadensersatzes losmachen.

Gerade der Gegensatz hiezu stellte sich in der Ausbildung des öffentlichen Strafrechts dar, das moralische Moment anstatt des formellrechtlichen. Wenn auch unentwickelt und in geringer Anwendung, so finden sich doch die Elemente dazu überhaupt schon in den zwölf Tafeln [4]). Jedenfalls entwickelte sich in dem Volksgerichte immer entschiedener das, mit dem Anklageprozeß genau zusammenhängende Prinzip des römischen Rechts, daß es nur für den irgendwie in That übergegangenen, verbrecherischen Willen Strafe droht, den Beweis dieses Willens aber dem Prozesse überläßt, wornach denn von dem technischen Begriffe des Versuchs keine Rede sein konnte [5]). Dieses Strafrecht hat wesentlich nur den widerrechtlichen Willen zum Objekte. Die in der Volksversammlung unmittelbar gegenwärtige Rechtssubstanz empfindet sich als unmittelbar verletzt durch das Dasein eines ihr angehörigen Willens, der, indem er ihr feindlich entgegentritt, die wesentliche Grundlage seiner eigenen Existenz als bürgerlicher Persönlichkeit erschüttert. Gemäß dieser Anschauung sah dieses Strafrecht es für gleichgiltig an, ob

1) Meine Schrift über Mord u. Todtschlag. S. 50. 51.

2) l. 21. § 7. D. de furtis (47. 2.). l. 15. § 10. 17. D. de injur. (47. 10.)

3) Meine angef. Schrift. S. 67—87.

4) s. gegen Luden Abh. I. S. 59—71. meine angef. Schrift S. 42—48. 87—95. Rein. S. 123.

5) s. meine angef. Schrift. S. 103. 107—120. Rein. S. 124. 125.

der widerrechtliche Wille seinen ganzen Gehalt in That umgesetzt habe oder nicht, ob er sich bei dem Verbrechen unmittelbar oder nur mittelbar betheiligt habe; zugleich faßte es denselben nur in seiner direkten Form, als Vorsatz, ins Auge, so daß das Kulpose in das Gebiet des casus, oder dem Privatpönalwesen anheimfiel. Eben mit jenem Grundgedanken hiengen denn auch die Strafmittel zusammen. Der Bürger galt eben nur als Person, als lebendiges Recht, er konnte nur sein oder nicht sein. Wie daher die Schuldfrage auf die einfache Alternative von dolus und casus, d. h. auf die Frage sich beschränkte: hat dieser Bürger vorsätzlich etwas gethan, was ihn unwerth macht, ferner dem Bürgervereine anzugehören? —, wie daher auch im Prozesse die einfache Alternative von Verurtheilung und Freisprechung bestand, so mußten nun auch die Strafen ganz jener Anschauung des Bürgers als konkreten Staatswillens sich anschließen, d. h. es konnten vornämlich nur solche vorkommen, welche das Allgemeine am Individuum, die Persönlichkeit treffen: Verbannung, Verlust des Bürgerrechts, bürgerlicher Tod, — oder aber, anstatt der Kapitalstrafe, Abbüßung durch Geldstrafe. In der That wurden auch körperliche Züchtigung und Todesstrafe (außer bei den schwersten Staatsverbrechen) aufgehoben (lex Porcia und Sempronia). Die Sacratio capitis gieng allmälig in bürgerliche Aechtung über, und als Hauptstrafe erhob sich die aquae et ignis interdictio, daneben die infamia, die Erklärung zum improbus et intestabilis u. dgl., und die Geldstrafe. Endlich aber sprach sich jener Grundgedanke auch in dem ganzen Charakter des specifisch römischen Prozesses aus, insbesondere darin, daß dieser nur auf Klage eröffnet, daß er durch den Rücktritt des Klägers, ebenso aber auch durch freiwillige Verbannung des Angeklagten beendigt werden konnte, daß der Gang desselben durch die Verhandlungsmaxime bestimmt würde [1]) u. s. f.

Indessen war nun die Gerichtsbarkeit des Volks in seinen Komitien nur der abstrakt unmittelbare Ausdruck eines großen Prinzips, der sich alsbald nach mehreren Seiten hin als mangelhaft zeigte. Zunächst setzte sie ein enggeschlossenes Staatsgebiet voraus, konnte sich also nicht halten, sobald dieses erweitert wurde. Sodann aber reichte sie selbst für jenen engeren Umfang nicht aus, sondern

1) Ayrault l'ordre, formalité et instruction judiciaire etc. 1598 p. 281. Meine Rec. in den Jahrb. d. Gegenw. 1843. Nr. 41 – 45.

mußte troß ihrer theoretischen Ausschließlichkeit praktisch andere Gerichte neben sich dulden, und zwar das judicium domesticum [1]) als eine im Wesen des antiken Staats selbst liegende Beschränkung, außerdem die Priestergerichte, welches als eine zufällige Beschränkung erscheint, sofort aber eine Reihe anderer Gerichte, deren Nothwendigkeit die Unreife der Volksgerichtsbarkeit selbst zum Ausdruck brachte. Dahin gehören die Privatstrafgerichte, die Gerichte der Diktatoren, der mit außerordentlichen Vollmachten versehenen Consuln, der Provinzialbeamten und des Senats, das Rügerecht der Censoren, — namentlich aber das Institut der Quästionen, mittelst welcher innerhalb der Volksgerichtsbarkeit selbst Senat und Magistratur wieder beträchtlichen Einfluß gewannen [2]).

Die Vergrößerung des Staatsgebiets machte nämlich die Ausübung der unmittelbaren Volksgerichtsbarkeit immer schwieriger, ja zuletzt geradezu unmöglich, so daß das Volk sich dazu bequemen mußte, Gerichtskommissionen zu ernennen, die in seinem Namen und Auftrag, nach seiner Instruktion und an seiner Stelle richteten [3]). Eben dieses Auskunftsmittel diente dazu, das Prinzip der Volkssouveränetät in eine organische Form umzuarbeiten, und jene erste unmittelbare und rohe Form der Komitialthätigkeit allmälig zu antiquiren. Die Mängel dieser Form hatten, abgesehen davon, daß die Volksversammlungen mehr und mehr die Zeit zur Ausübung wichtigerer Souveränetätsrechte gebrauchten, hauptsächlich darin bestanden, daß gesetzgebende und richterliche Gewalt in Einer Hand, der Prozeßgang schwerfällig und die Gerechtigkeit der Entscheidungen verschiedenen, die Unpartheilichkeit trübenden Einflüssen ausgesetzt war [4]). Nun waren es wieder Beamte, welche richteten; aber sie richteten nicht mehr als die Erben monarchischer Befugnisse, sondern als Beauftragte des souveränen Volks. Zugleich kam das souveräne Volk aus der anorganischen Stellung heraus, worin es gesetzgebende und richterliche Gewalt ungetrennt ausübte. Bei den Gerichten selbst wurde der weitere, feine Unterschied gemacht, daß die Beamten den Prozeß bloß zu instruiren und zu leiten hatten, dagegen das Urtheil von Geschworenen gesprochen wurde, welche

1) Meine Rec. in den Jahrb. d. Gegenw. 1843. S. 34.

2) Meine Schrift über Perduellio. S. 108—115.

3) Gegen Geib. S. 50—73. s. meine Rec. in den Jahrb. d. Gegenwart. 1843. Nr. 10.

4) Meine Schrift über Mord und Todtschlag. S. 62—67.

als Vertreter des Volks zugleich unabhängige Richter waren. In der späteren Fixirung dieser Einrichtung in den quaestiones perpetuae lag denn die Spitze der Entwicklung des republikanischen, specifisch römischen Prozesses, in welchem sich der Geist der antiken Staatsidee vollkommen ausgeprägt findet.

Natürlich brauchte aber das Bedürfniß, das in dieser Einrichtung seine Erfüllung fand, längere Zeit und vielfache Erfahrung über das Ungenügende des vorhergegangenen Zustandes, um sich geltend machen zu können.

In der ersten Zeit nach der Zwölftafelgesetzgebung sieht man das Volk noch mit Eifersucht sein Recht unmittelbar ausüben. Mußten nun aber gleich hiebei die oben angedeuteten Uebelstände sich ergeben und mit der Zeit immer schroffer hervortreten, so hatte doch die unmittelbare Volksgerichtsbarkeit auch ihre Vortheile. Noch war, bei der Mangelhaftigkeit der zwölf Tafeln, der Boden für das öffentliche Strafrecht großentheils erst zu schaffen, sei es durch analogische Ausdehnung der bereits bestehenden Gesetze, oder durch Kreirung neuer Verbrechen. In beiden Richtungen wurde das Volk vielfach thätig, so daß jetzt erst manche Gattungsbegriffe von Verbrechen sich entwickelten, manche schon bestehenden Gattungsbegriffe in ihre Unterarten zerlegt, manche Verbrechensbegriffe ganz neu geschaffen wurden [1]). Gerade für die Befriedigung der Forderungen der Zeit war es sehr begünstigend, daß die Richter zugleich Organe der Gesetzgebung und Träger der allgemeinen Bewegung waren. Die Einwirkung des oft stürmischen, politischen Lebens war wohlthätig, indem dadurch alle in der Masse ruhenden Bildungsstoffe ans Tageslicht gefördert wurden. Durch die Vereinigung der gesetzgebenden und richterlichen Gewalt in derselben Hand wurde überhaupt die Justiz erleichtert, beweglicher gemacht, und ein lebenskräftiger Gerichtsgebrauch geschaffen, in welchem das gesetzliche Recht seine zweckmäßige Fortbildung erhielt. Das unmittelbar richtende Volk hatte den freisten Spielraum in den Strafansätzen und durch die öftere Wiederholung erhielten auch die an sich schwerfälligen Prozeßformen bald eine feste Regel [2]).

---

1) Rein. S. 57—58.

2) Gegen die Behauptung von Roßhirt (N. Arch. XI. S. 18 ff.), daß das Strafrecht vor der Errichtung der Quaestiones perpetuae ohne alle Regel gewesen sei, s. meine Schrift über Perduellio S. 3—10 und Rein S. 56. not. ***

Das öffentliche Strafrecht auf der Grundlage der Zwölftafel-Gesetzgebung wurde daher vornämlich auf dem Wege des Herkommens geschaffen. Die förmlichen Gesetze waren vor der Errichtung der quaestiones perpetuae selten und spärlich [1]). Dagegen ist ohne Zweifel die um diese Zeit in überraschender Reichhaltigkeit hervortretende Gesetzgebung dem größten Theile nach nicht als eine Schöpfung neuer Elemente, sondern als Produkt der in der Form des Gewohnheitsrechts ausgebildeten Rechtsanschauung anzusehen, das nur den Zweck hatte, längst im öffentlichen Bewußtsein befindlichen Begriffen und Regeln formellen Bestand zu geben.

Es war nun aber in den zwölf Tafeln die Gerichtsbarkeit über Kapitalsachen nur an die Centuriatkomitien übertragen worden, — sei nun dieß als eine Bewidmung mit einem ganz neuen Rechte, oder als die Anerkennung eines schon unter den ersten Konsuln gewährten Rechts zu verstehen [2]). Mit den Centuriatkomitien theilten sich aber in dieses Recht in immer steigendem Machtfortschritte die Tributkomitien [3]), in welchen der demokratische Schwerpunkt der Verfassung ruhte. Während nun die Meisten [4]) die Usurpation der letzteren darin finden, daß sie, dem Rechte nach auf bloße Vermögensstrafen beschränkt, sich mehr und mehr herausgenommen hätten, auch Kapitalstrafen zu erkennen, so geht eine andere Meinung [5]) dahin, daß die Usurpation sich vielmehr auf die Art der Verbrechen bezogen habe, infolge der ungesetzlichen Erweiterung der tribunizischen Gewalt überhaupt. Die Hauptsache ist aber wohl, daß eben die Usurpation, sei es nun in der einen oder der andern Richtung, stattfand und glückte, daß die Plebs überhaupt mittelst ihrer Minister, der Tribunen, die allmälige Unterwerfung aller Staatsgewalten unter ihren höchsten Richterstuhl durchsetzte, daß mit dem Eindringen der Centurienorganisation in die Tribus das Uebergewicht der Tributkomitien zu einer wahren Souveränetät

1) s. darüber Rein. S. 60. 61. (L. Poetelia, Corn. Baebia, Corn. Fulvia de ambitu, L. Scatinia de stupro, L. Remmia de calumnia.)

2) Niebuhr, Röm. Gesch. II. S. 191. 362. Huschke Servius Tullius. S. 397. n. 4. Gegen die Ansicht von Niebuhr (Walter, Göttling), daß auch die Kurien vor und nach den 12 T. eine selbständige Kriminalgerichtsbarkeit gehabt haben sollen, s. Geib. S. 32—35.

3) Darüber, daß die Centuriatkomitien von den Tributkomitien keineswegs ganz verdrängt wurden, s. Geib. S. 37—39.

4) s. dieselben bei Geib. S. 35 not. 24.

5) Geib, S. 35—37.

wurde, und eben aus dieser Souveränetät des zugleich gesetzgebenden und richtenden Volks sich sowohl die unendliche Mannigfaltigkeit von Vergehen, welche vor die Komitien gezogen, als die Verschiedenheit der Strafen, die von ihnen ausgesprochen wurden, hinlänglich erklärt [1]).

Mit dieser steigenden Macht der Tributkomitien kam ein demokratisches Uebergewicht in die Verfassung, dessen zunehmender Bedeutung die Reaktion von Seiten des Senats und der Optimaten genau entsprach. Indem nun beides, die demokratische Usurpation und die aristokratische Reaktion, sich ganz vornämlich im Gerichtswesen geltend machte, so spiegelte dieses gegen das Ende der Republik ebenso entschieden die Auflösung der Verfassung ab, wie es zuvor deren eigenthümliche Harmonie an sich dargestellt hatte.

Einerseits dehnten die Tributkomitien entweder ihr Recht auf Geldstrafen zu erkennen, immer mehr auch auf schwerere Strafen [2]), — oder ihr Recht, über solche Verbrechen zu erkennen [3]), welche gegen die Plebs als politischen Stand gerichtet waren, auf andere Verbrechen aus [4]), eine Ausdehnung, die in beiden Richtungen gerade gegen die Parthei der Optimaten feindselig gerichtet und die Beamten im Zaum zu halten bestimmt war, jedenfalls aber Leben und Fülle in das Strafrecht brachte [5]). Nur um so mehr aber fand sich der Senat und der alte und neue Adel, soweit er nicht auf dem Wege der Demagogie sein Heil suchte, zur möglichsten Ausbeutung der Stellung in Betreff der auswärtigen Angelegenheiten angespornt. War die Jurisdiktion des Senats und der Provinzialmagistrate an und für sich für die Geschichte des römischen Strafrechts wichtig, weil sie im Recht und Prozeß in den wesentlichsten Punkten den Erscheinungen der Kaiserzeit vorarbeitete [6]), übrigens

---

1) Zumpt Abhandl. der Berl. Akad. 1836. S. 131. 132. Gerlach. Histor. Studien. S. 343 ff.

2) Liv. II. 35. III. 13. 58. XXV. 4.

3) Dionys. VII. 17. IX. 46.

4) Eine Reihe von Beispielen hinsichtlich des crimen majestatis s. bei Rein. S. 484—493.

5) so namentlich in Bezug auf die Ausbildung des Begriffs des Majestätsverbrechens.

6) Namentlich im Prozesse wurden die Formen für den nivellirten Zustand des Kaiserreichs durch die Eroberungen vorbereitet, mittelst welcher die Republik sich Unterthanen schuf, und zugleich römische Kultur und römischen Geist über die unterworfenen Länder ausbreitete. Die in monarchische Formen sich kleidende

auch schon ein beträchtlicher Theil der republikanischen Gesetzgebung (z. B. über alle Amtsverbrechen) ohne Zweifel aus ihr den Stoff entnahm, so erhielt nun die Benützung jener Stellung zu Partheizwecken noch eine ganz besondere Wichtigkeit für die Entwicklung des römischen Strafrechts in der Zeit der Auflösung der republikanischen Verfassung, da Gesetzgebung und Rechtspflege vielfach den Stempel der Partheikämpfe auf sich nehmen mußten. Gerade das Leben in den Provinzen hatte die bedeutendste Rückwirkung auf die Gährungen und Kämpfe innerhalb Roms[1]). Dort fanden die Optimaten Gelegenheit, befreit vom Zwang der Gesetze und der Aufsicht des Senats und des Volks, sich in willkührlicher Verwaltung zu üben und damit sich Reichthümer zu schaffen, die sie in Rom mit dem Volke theilten, um sich Ungestraftheit des Raubs und Gelegenheit zu neuem zu erwerben. Durch die Gleichgültigkeit des durch Steuerfreiheit begütigten Volks wuchs auch die Macht des Senats in den auswärtigen Angelegenheiten auf eine das Gleichgewicht der Verfassung verletzende Weise und ermuthigte ihn, im Innern nach derselben Gewalt zu streben, die er nach außen hatte; zugleich machte die Mitschuld des Senats an den Räubereien seiner Sendlinge ihn für deren Verbrechen blind, und die Verantwortlichkeit desselben zu einem leeren Worte, indem man ihnen die Gewohnheit des Despotismus anerzog, daher sich denn auch die Revolution zu Gunsten jener Generale machte, deren Vorrechte der Senat so übermäßig gesteigert hatte. Für den Senat und die Optimaten war nun eben um dieser Verhältnisse willen Alles daran gelegen, die Gerichte und die Strafgesetzgebung, wenigstens soweit sie die Verantwortlichkeit der Beamten betraf, soviel als möglich unter ihren

---

und insbesondere das Inquisitionsprinzip enthaltende Jurisdiktion der Provinzialbeamten wurde vom Kaiserreich acceptirt.

1) s. hierüber besonders das zweite Buch der o. a. Schrift von **Laboulaye**: „Man plünderte die Provinzen, um die Komitien zu erkaufen, und man erkaufte die Komitien, um die Provinzen zu plündern. Man sieht die Erpressung von Tag zu Tag wachsen durch die Mitschuld des Senats und die Gleichgiltigkeit des Volks für Leiden, die es nicht berühren; alsbald sieht man aber die Sklaverei der Provinzen ihrerseits zurückwirken auf die Freiheit Roms, das gestohlene Geld zur Bezahlung der Truppen gegen die Republik dienen, die Korruption in die Komitien ebenso wie in den Senat eindringen, — bis endlich Rom zu gerechter Strafe sich in den Zustand eben jener so verächtlich angesehenen Provinzen herabgedrückt sieht, und seinerseits zu den Füßen eines Prokonsuls zittern muß.“

Einfluß zu bringen, während umgekehrt die Volksparthei gerade hiegegen aufs heftigste sich stemmte. Die Zusammensetzung der Gerichtskommissionen insbesondere ward der Zankapfel zwischen Senat und Ritterschaft, deren Partheikampf den Tod der Republik herbeiführte. Es handelte sich um den unmittelbaren Einfluß auf die Provinzialverwaltung, und, da in dieser der Haupthebel der Macht lag, folgeweise um die allgemeine Oberherrschaft. Es ist aber nicht allein die Einrichtung des Gerichtswesens durch diese Partheikämpfe bestimmt, sondern dasselbe gilt auch von einem bedeutenden Theile des materiellen Strafrechts, so daß die Geschichte desselben seit der Errichtung des quaestiones perpetuae ein integrirender Theil der Geschichte des Verfalls der Republik wird.

Das Ferment lag nicht darin, daß an die Stelle des Volks und des Senats Kommissionen traten, was man schon längst gewohnt war, noch darin, daß diese Kommissionen ständig wurden, was die Nothwendigkeit mit sich brachte, sondern nur in der Frage nach der Zusammensetzung derselben. Ebensowenig kann die Meinung sein, daß die Gesetzgebung, welche die ständigen Kommissionen hervorrief, überall eine Neuschöpfung und bloßes Erzeugniß des Partheikampfs gewesen wäre, vielmehr war sie wohl dem größten Theile nach und namentlich in Beziehung auf die allgemeinen Grundsätze nur Anerkennung des bereits Bestehenden, und der Partheikampf zeigt sich vornämlich nur in derjenigen Verbrechenssphäre, die mit der Politik genauer zusammenhieng. Man wird also neben dem beweglichen immer ein stationäres Element unterscheiden können; allein gleichwohl bleibt der Einfluß des ersteren noch groß genug [1]) und erstreckt sich mittelbar auch über seine nächste Sphäre hinaus.

Auch hievon abgesehen, war die Einführung der quaestiones perpetuae ein höchst wichtiges Moment in der Entwicklung des römischen Strafrechts. Zwar blieben daneben das Privatstrafrecht, das judicium domesticum, das Priestergericht und die censorische Rüge ganz in der alten Weise fortbestehen; aber um so entscheidender war die Einrichtung für das, nun ganz von theokratischen Elementen gereinigte, öffentliche Strafrecht des Staats, das nun [2])

1) Zum Beispiele dienen die Bestimmungen Sullas über die sicarii, die Gesetze über das crimen vis u. A.

2) Meine Schrift über Mord und Todtschlag. S. 67. 96—103. Geib S. 169 ff. Rein S. 63—67.

(s. o.) eine organische Form gewann, ohne daß übrigens dadurch, weder dem Rechte nach, noch faktisch, die unmittelbare Volksgerichtsbarkeit, wo sie ausnahmsweise in Thätigkeit treten wollte, ausgeschlossen gewesen wäre. Es hörte nun die Vereinigung von gesetzgebender und richterlicher Gewalt in Einer Hand auf: an die Stelle des Politik und Recht leicht verwirrenden Volks traten feste Gerichte, materiell und formell an bestimmte Gesetze gebunden; das Gewohnheitsrecht, dessen Form die Willkühr des richtenden Volks begünstigte, machte einer förmlichen Gesetzgebung Platz und hiedurch veranlaßt, trat unter die Rechtsquellen ein neues Bildungselement, die juristische Interpretation, ein, sowie auch der Gerichtsgebrauch jetzt fester und regelrechter werden mußte.

Die Eigenthümlichkeit dieser Gesetzgebung [1]) bestand nun darin, daß sie sich nach einzelnen Verbrechen oder Verbrechensgruppen besonderte und für diese je eine besondere ständige Gerichtskommission anordnete, wie sie denn nicht auf Ein Mal und nicht von dem gleichen politischen Standpunkte aus entstand. Jede lex zählte vorerst die Handlungen auf, die sie verpönen wollte, — ohne Definition, meist auch ohne Angabe von Gattungsbegriffen, und so, daß sehr viele verbrecherische Handlungen unter verschiedene leges subsumirt werden konnten [2]), — sofort gab sie die Strafe an, ordnete den Prozeßgang [3]) und flocht nebenher allgemeine Grundsätze über Zurechnung u. dgl. ein. Das Strafensystem blieb das herkömmliche: aquae et ignis interdictio — oder Vermögensstrafen, neben verschieden abgestuften Ehrenstrafen [4]), eben wie auch der Prozeß ganz die bisherige Grundlage beibehielt, ja als die konsequenteste Ausbildung des bisher herrschenden Prinzips erschien [5]).

Charakteristisch war dagegen die gedachte Besonderung der Gerichte nach den Verbrechen, woraus die Unmöglichkeit von Bestimmungen über Verbrechenskonkurrenz folgte, und womit das strenge Gebundensein der Gerichte an die Anklage und das Wort des Gesetzes zusammenhieng. Desgleichen der Mangel an aller Systematik [6]),

---

1) s. die Gesetze bei Klenze Lehrbuch. S. 7. 8.

2) Abegg N. Arch. 1835. S. 376. Roßhirt im N. Arch. XI. S. 376—380.

3) Sigonius de judic. II. 26.

4) Roßhirt Gesch. u. System. III. S. 211. 212.

5) Meine Rec. in den Jahrb. d. Gegenw. 1843. nr. 41 ff.

6) Auszunehmen sind die leges judiciariae, welche für alle Verbrechen anwendbar waren.

vermöge dessen es jener Gesetzgebung an einem sogen. allgemeinen Theile gänzlich gebrach. Doch ist es willkührlich und dem Rechtsgeiste der Römer durchaus unangemessen, hieraus zu folgern, daß in dem Rechtsbewußtsein, woraus die einzelnen Gesetze hervorgiengen, nicht gleichwohl übereinstimmende allgemeine Grundsätze über die betreffenden Punkte vorgeherrscht haben sollten, die denn auch in der That nur als das Erzeugniß einer konsequenten Entwicklung der schon in der Zwölftafelgesetzgebung liegenden Keime, gefördert durch die Interpretation der Juristen und die Erörterungen der Redner erscheinen [1]).

Obgleich zur Zeit des Verfalls der Verfassung hervorgetreten, bildete dennoch diese Gesetzgebung das wichtigste Moment in der Geschichte des ganzen römischen Strafrechts. Sie blieb nämlich die Grundlage für alle späteren Entwicklungen und der Keim auch der neuesten Gestaltung. Mit ihr begann die Dogmatik des praktischen römischen Strafrechts.

4. Die Kaiserzeit.

Obgleich die quaestiones perpetuae sich im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit noch forterhalten haben [2]), so sind sie in ihrer wesentlichen Bedeutung doch nur als die Spitze der republikanischen Institutionen aufzufassen, als die vollendete Gestaltung des auf die antike Staatsidee gegründeten Prozesses, nach welcher das Wesen des Staates und des Sittlichen überhaupt an den Bürgern seine unmittelbar verkörperte Erscheinung hatte.

Die antike Staatsidee löste sich nun im Despotismus der Weltmonarchie innerlich auf; das römische Bürgerthum wurde Gemeingut aller Freien, verlor aber alle staatsrechtliche Bedeutung, und hiemit hatte der frühere Prozeß seine prinzipielle Grundlage verloren [3]). An seine Stelle trat der Prozeß, wie er schon unter der Republik gegen die römischen Unterthanen bestanden hatte, nunmehr für das ganze Reich generalisirt, da jetzt der Kaiser als Allein-

1) Rein. S. 66. Geib. S. 172—174. Roßhirt. Gesch. und System. I. S. 185.

2) Geib. S. 393—401 und meine Rec. in den Jahrb. d. Gegenw. 1843. Nr. 8. 9.

3) Roßhirt Gesch. und System. I. S. 188. Laboulaye Essai, im 3ten Buch und meine Rec. in der N. Jen. Lit. Ztg. 1846. nr. 35.

repräsentant des allgemeinen Willens der Menge der Unterthanen gegenüberstand, in welcher die alte Idee des Bürgerthums verloren gegangen war.

Chronologisch genau lassen sich, — abgesehen von dem nach August entschieden erfolgten Stillstande in der Strafgesetzgebung [1]) — die beiden Perioden nicht trennen. Denn einerseits liegt, wie gesagt, der Anfang des Prozesses der Kaiserzeit schon unter der Republik in dem Provinzialprozeß vorgebildet vor, andrerseits wurde den republikanischen Institutionen auch in der Kaiserperiode längere Zeit noch ein Scheinleben forterhalten, bis der Geist der neuen Zeit, seiner selbst gewiß, die Maske abwerfen und die Form dem Inhalte gleich machen konnte. Wenn gleich aber die monarchische Staats- und Gerichtsverfassung im Anfang der Kaiserzeit noch keineswegs ausgebildet dasteht, vielmehr das Prozeßverfahren noch regelmäßig das der Quästionen ist, so ist doch dieses republikanische Element mit seinen Formen und Konsequenzen jetzt das Verschwindende, Abwelkende, über welches eine neue Bildung wuchernd an allen Orten und Enden hervorwächst. Diese neue Bildung aber, so leise sie anfangs auftritt, enthält das Princip, von dem nun Alles ausgeht, sie ist das Gewaltige, was die Epoche macht und bestimmt. Schon mit J. Cäsar trat an die Stelle der Volkssouveränetät ein Prinzipat. Der Inhalt der absoluten Monarchie sprach sich jedoch noch keineswegs in der angemessenen Form aus, deren Vollendung sogar erst unter Konstantin eintrat (eine mittlere Epoche bildete die Zeit von Hadrian). Dagegen war es schon Augusts Politik, republikanische Formen zu schonen und zu hätscheln, während er ihren Kern ertödtete und ihnen eine fremde Seele einhauchte. So ließ er selbst die Komitien noch fortbestehen, deren Beschlüsse er diktirte. So schoben er und seine Nachfolger gern den Senat, als den Kunstheerd aller republikanischen Erinnerungen, überall vor. Die Kaiser wollten zunächst nur die höchsten Beamten des Staats sein, die sämmtliche republikanischen Magistraturen in sich vereinigten. Allein in dieser republikanischen Maskerade lag wenig Gehalt. Insbesondere war der Senat, (der im Anfang namentlich auch als höchstes Reichsgericht funktionirte), da er keine soliden Interessen mehr zu vertreten hatte, ein übertünchtes Grab der Freiheit und bloßer Spiel-

---

1) Rein S. 67.

ball in der Hand des Imperators. Schon dieß, daß der Kaiser als Prokonsul das Imperium in der Stadt selbst hatte, setzte Rom zur Provinz herab, und es brauchte dazu nur noch der Dauer der in der Person des Kaisers vereinigten Magistraturen, um seine Gewalt von Anfang an als organisirten Despotismus erscheinen zu lassen.

Die Veränderung im Prozesse war bestimmend auch für die Veränderungen im materiellen Strafrechte. Sie bestand [1]) im Wesen darin, daß nun innerhalb der bleibenden Formen des Anklageprozesses das Verfahren dem Geiste nach inquisitorisch, die Verhandlungsmaxime und die Partheistellung des Klägers und des Beklagten um ihre Bedeutung gebracht, der Angeklagte nicht mehr als Selbstzweck behandelt, die Gerichte unabhängiger von den Partheien und als Zweck des Ganzen die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit geltend gemacht wurde. Das Mittel hiezu lag in der Umwandlung der Gerichtsverfassung, in welcher zunächst die im Prinzip der neuen Verfassung liegende Einheit der absoluten Staatsgewalt vorgebildet werden mußte. An die Stelle der untergehenden Volksgerichte [2]) traten neue Gerichte, gegründet auf jene Jurisdiktion der Magistrate, welche (eine unmittelbare Erbschaft des alten Königthums) während der Republik für Rom selbst alle Bedeutung verloren und bloß noch in den Provinzen in der Machtvollkommenheit der Statthalter fortgelebt hatte. Nachdem der Senat die, im Anfang der Kaiserzeit ihm übertragene, Reichsgerichtsbarkeit wieder verloren hatte, erhielten jene neugeschaffenen Magistratsgerichte eine solche Ausdehnung und Wichtigkeit, daß sie in der That als die ausschließlichen Kriminalbehörden zu betrachten waren. Namentlich glich nun auch der Unterschied zwischen der Hauptstadt und dem Uebrigen sich aus, und es war nur noch ein großer Staatskörper zu erkennen, für welchen im Allgemeinen dieselben Gesetze und Einrichtungen zur Anwendung kamen. Der alte ordo judiciorum publicorum ward antiquirt, und die cognitio extra ordinem wurde die Regel [3]).

Diese ganze Veränderung ist keineswegs als eine bloße Ver-

1) s. meinen Art. in den konstitut. Jahrb. 1843. II. S. 47—55 und meine Rec. in den Jahrb. der Gegenw. 1843. S. 190—196.

2) Geib S. 407—411.

3) l. 8. D. de publ. judic. (48. 1.) Geib S. 401—407.

schlechterung des Bisherigen, noch auch als eine speciell römische Krankheitsgeschichte aufzufassen. Die Einseitigkeit der römischen Staatsidee hatte sich auch in dem römischen Strafverfahren ausgedrückt. Die unmittelbare Einheit von Staat und Bürger und das daraus hervorgegangene Anklageprinzip, die unvollzogene Scheidung von Recht und Moral, von gesetzgebender und richterlicher Gewalt, Dies und Anderes, was unter der blühenden Republik natürlich gewesen war, zeigte sich an ihrem Ende als Mangel und Quelle von Verderbniß, wie besonders die Gesetze gegen Kalumnie, Prävarikation und Tergiversation beweisen. Ueberhaupt aber hatte der antike Staat sich selbst überlebt. Er umfaßte die ganze gebildete Welt und beschränkte sich als Staat doch nur auf die verhältnißmäßig geringe Anzahl römischer Bürger, die für seinen sittlichen Kern kein Herz mehr hatten. Dem Reiche gegenüber war nun der Unterschied von Staat und Individuum längst vollzogen; es kam daher nur noch darauf an, ihn auch den römischen Bürgern gegenüber zu vollziehen. Dies war zunächst die Aufgabe des Kaiserthums. Es vollzog sie, indem es das römische Bürgerthum seiner staatsrechtlichen Bedeutung beraubte, und die Idee der Persönlichkeit in die Sphäre des Privatrechts zurückwies, zugleich aber nun alle freien Unterthanen des Reichs damit ausstattete, und hiemit den Staat entschieden als ein für sich Seiendes und seiner Selbständigkeit Bewußtes der Menge der Individuen, zunächst in der noch unmittelbaren und rohen Form der Militärdespotie, gegenüberstellte. Diese Umwälzung der Dinge war insbesondere für den Strafprozeß nothwendig, dessen Idee in dem Anklageprozesse nur einen mangelhaften und einseitigen Ausdruck hatte [1]). Die römische Kaiserzeit mußte der Einsicht den Boden ebnen, daß der Staat als solcher das Recht und die Pflicht hat, das Recht aus seiner Verletzung um seiner selbst willen wieder herzustellen, daß daher das Privatstrafrecht, wie das judicium domesticum, in öffentliches Strafrecht aufgehen muß, daß nicht auf eine Privatanklage gewartet, daß der Gang des Prozesses, die Sammlung der Beweise nicht von der Willkühr der Partheien abhängig gemacht werden darf, daß der letzte Zweck des Strafens nicht ein sittliches Urtheil über die gesammte Persön-

1) s. meinen Art. über die Grundlinien einer organ. Gestaltung des Strafverfahrens in den konstit. Jahrb. 1845. III. S. 1 ff.

lichkeit des Angeklagten, sondern die Wiedervergeltung der bestimmten in der Handlung liegenden Schuld ist &c.

Einen ähnlichen Einfluß hatte die Verfassungsveränderung auch auf das materielle Strafrecht. Daß die Form der Despotie für das Prinzip des Strafrechts auf eine meist traurige Weise bestimmend [1]), für die Stetigkeit der Fortbildung nicht zuträglich, deßhalb auch für die Systematisirung durch die Wissenschaft nicht ermunternd war, liegt in der Natur der Sache. Härte des Strafsystems, Privilegirung höherer Stände, wahnsinnige Ueberspannung des Majestätsbegriffs, launische Sprünge in der Gesetzgebung, bald eine völlige Losbindung, bald eine despotische Knechtung des richterlichen Ermessens, — Dies und Anderes konnte nicht ausbleiben. Gleichwohl hatte die neue Verfassung auch ihre Vortheile, die wesentlich mit der Aufhebung des alten ordo judiciorum zusammenhiengen.

Die Einführung der extraordinaria cognitio gab zunächst Gelegenheit zu Aufstellung einer Reihe von neuen Verbrechensbegriffen (crimina extraordinaria) durch kaiserliche Verordnungen und Senatusconsulte, zugleich zu einer freieren analogischen Ausdehnung der alten crimina ordinaria (der in den leges enthaltenen) durch juristische Interpretation und Gerichtsgebrauch. Insbesondere kam es zu einer allmäligen Ausgleichung des Gegensatzes zwischen Privatstrafrecht und öffentlichem Strafrecht, indem erst eine Reihe von Privatdeliktsfällen zu crimina extraordinaria gestempelt, später überhaupt bei Privatdelikten die Wahl zwischen Civil- und Criminalklage freigegeben wurde. Auch die christliche Kirche gewann einen, nicht immer durch Kirchendespotismus ungetrübten Einfluß, theils durch Schöpfung neuer, theils durch Umgestaltung mancher schon bestehenden Verbrechen (namentlich Meineid und die Verbrechen im Kreise der Familie) [2]). Sowenig aber im Prozesse das inquisitorische Prinzip mit schöpferischer Kraft durchzudringen vermochte, ebensowenig vermochte die Kaiserzeit im Kreise des Strafrechts ein neues System mit prinzipieller Einheit zu begründen [3]). Es entstand zwar jetzt allmälig eine wirkliche Jurisprudenz im Strafrechte, die verschiedenen Bestandtheile desselben wurden in Beziehung mit einander gebracht,

1) Zu weit geht Welcker letzte Gründe &c. S. 550 ff. vgl. Roßhirt im N. Arch. XI. S. 430 ff.

2) Rein. S. 68. 69.

3) Roßhirt Gesch. u. System. I. S. 189—194, in dessen Darstellung nur der Lieblingsbegriff des imperium eine ungebührliche Rolle spielt.

dem neuen Staats- und Prozeßrechte, wie dem neuen Strafsysteme angepaßt, die Lehren des sog. allgemeinen Theils aufgefaßt und bearbeitet, — aber der Charakter des Fragmentarischen wurde nie überwunden. Trotz der Aufhebung des ordo judiciorum blieben die leges fortwährend der Kern, um welchen alles Uebrige nur herumgruppirt wurde, die einzelnen Bestandtheile, crimina ordinaria, extraordinaria, delicta privata, popularia behielten vielfach ihre besondere Natur, insbesondere kam es nie zu einer völligen Aufhebung des Unterschieds zwischen öffentlichem und Privatstrafrecht [1]); der Einfluß der christlichen Kirche endlich war weder überhaupt bedeutend, noch, wo er es war, überall auf angemessene Weise [2]).

Die größere Fülle und Mannigfaltigkeit der strafgerichtlichen Begriffe, wozu die cognitio extra ordinem Veranlassung gab, fand ihren Ausdruck hauptsächlich in dem jetzt hervortretenden großen Reichthum an Strafmitteln. Zweck des Strafverfahrens war jetzt nicht mehr die Entscheidung, ob der Schuldige aus dem Bürgervereine auszustoßen oder demselben mittelst Abbüßung zu erhalten sei? [3]) Vielmehr war der Zweck jetzt Vergeltung für die konkrete Schuld, modifizirt durch Präventions- und Abschreckungstendenzen. Abgesehen von der letzteren Beigabe, war dies wiederum ein Fortschritt, und deßhalb die Reichhaltigkeit des Strafsystems, als eines beweglichen Ausdrucks für den objektiven und subjektiven Maßstab der Strafbarkeit, ein Vorzug des neuen Rechts, womit sich noch insbesondere der Umstand verband, daß die Gerichte jetzt nicht mehr auf bestimmte Verbrechen oder Verbrechensgruppen beschränkt, und daß sie jetzt, bei einfachen oder zusammentreffenden Verbrechen, einem freieren Ermessen bei Zuerkennung der Strafe zu folgen, insbesondere Schärfungs- und Milderungsgründe anzuwenden befugt waren [4]). Freilich zeigt sich denn aber auch gerade in dem Strafsysteme vorzüglich die Härte und grausame Laune des despotischen Regiments, insbesondere die gehässige Rücksicht auf den Stand des Verbrechers [5]).

Besonders aber diente die, wenn auch mangelhafte Systematisirung des Strafrechts, verbunden mit der freieren Behandlung,

1) Roßhirt a. a. O. S. 194—196.

2) ebend. S. 171. Ueber das justin. Strafrecht s. das Allgemeinste bei Luden Hdb. I. S. 114—118.

3) Meine Rec. in den Jahrb. d. Gegenw. 1843. S. 162.

4) Rein. S. 69. l. 13. D. de poenis (48. 19).

5) Roßhirt Gesch. und System. III. S. 212—215.

welche die extraordinaria cognitio mit sich brachte, als Veranlassung zu einer wissenschaftlichen Bearbeitung und reicheren praktischen Gliederung des Schuldbegriffs, sowie anderer zum allg. Theile gehöriger Lehren [1]). Wenn einerseits hiebei den römischen Juristen ihre allgemeine Virtuosität in naturgemäßer Behandlung der Rechtsverhältnisse und Herausarbeitung der Rechtssätze aus der konkreten Fülle des Lebens zu Statten kam [2]), so ist andrerseits nicht zu vergessen, daß sie über die Stufe des allgemeinen Rechtsbewußtseins ihrer Zeit nicht hinauskommen konnten (was sich besonders in der Schuldlehre zeigt), daß sie vielfach durch den unreifen Zustand wichtiger Hilfswissenschaften (namentlich bei der Lehre über Zurechnungsfähigkeit) beschränkt waren, daß die Aggregatnatur des positiven Rechts selbst, das sie behandelten, ihnen ganz eigenthümliche Schwierigkeiten in den Weg legte, daß endlich jene Virtuosität in der Rechtsanschauung den Mangel an der Kraft organisirender Systematik nicht vergessen machen kann.

Diese wissenschaftliche Thätigkeit kam übrigens hauptsächlich den aus der Republik herübergekommenen Rechtsquellen zu gut, namentlich den 12 Tafeln und den Cornelischen und Julischen Gesetzen. Ihre höchste Blüthe erreichte sie zur Zeit des Alex. Severus, von wo an sie verfiel, und das Strafrecht nur noch durch Gesetze fortgebildet wurde. Uns sind nur noch Fragmente erhalten, theils in den Digesten, theils in andern Kompilationen [3]).

Die Gesetzgebung beruhte vornämlich auf den Erlassen der Kaiser, edicta, rescripta, decreta, mandata. Die Edikte, allgemeine gesetzliche Verordnungen, werden besonders seit Konstantin die vorherrschende Form. Reskripte, bald auf Anfrage eines Magistrats, bald auf Bitte einer Parthei erlassen, enthielten Entscheidungen

1) Roßhirt ebend. S. 284—298.

2) Dies ist von Roßhirt gut hervorgehoben, um so weniger aber das Folgende, da er vielmehr sich in einer schwärmerischen, gegen die moderne Behandlung des Strafrechts feindseligen, Ueberschätzung der römischen Jurisprudenz gefällt.

3) Eine Aufzählung s. bei Rein S. 72. 73. vgl. Roßhirt a. a. O. S. 284—287. Besonders zu erwähnen sind Gajus als Kommentator der XII Taf., wie als Schriftsteller über die Privatdelikte, für die auch Paulus und die Schriftsteller über das Edikt besondere Wichtigkeit haben. Papinian und Ulpian schrieben über das adulterium. Hauptschriftsteller über das öffentliche Strafrecht waren: Paulus und Marcianus, außerdem aber auch Sabinus, Claud. und Ven Saturninus, Vol. Maecianus, Callistratus, Aem. Macer, Modestinus u. A. vgl. Haubold inst. ed. Otto p. 145—161.

einzelner Rechtsfragen. Dekrete waren kaiserliche Urtheile in höchster Instanz. Mandate bestanden in Instruktionen an die Beamten [1]). Im Anfang machten die Kaiser weniger Gebrauch von der gesetzgebenden Gewalt, und, wenn sie es thaten, so wurden ihre Verordnungen später vielfach antiquirt [2]). Besonders wichtig für die Entwicklung der Schuldlehre sind einige Erlasse von Hadrian. Seit Konstantin floß die Quelle der kaiserlichen Gesetzgebung ungemein reichlich, so daß Sammlungen das größte Bedürfniß wurden. Es erfolgten auch mehrere solche, die uns jedoch nicht erhalten sind, während dies mit einigen später angeordneten Gesetzsammlungen der Fall ist. Außerdem kennen wir den Inhalt der kaiserlichen Konstitutionen theils aus den nicht juristischen, theils aus den juristischen (besonders den Digesten-) Schriftstellern, welche ihren Inhalt gelegentlich erwähnen.

Die übrigen Rechtsquellen in der Kaiserzeit waren von geringerer Bedeutung. Unter den Magistratsedikten war das prätorische Edikt von keinem produktiven Werthe mehr, während die Edikte der Präfekten allerdings einigen Stoff lieferten. Die Senatuskonsulte erschienen mehr und mehr als mittelbare Resultate der kaiserlichen Gesetzgebungsthätigkeit, soweit diese es noch für passend hielt, den Senat vorzuschieben [3]).

3. Quellen des römischen Kriminalrechts.

Klenze Lehrbuch S. 9. 10. Rein S. 8—17.

Die uns überlieferten Quellen des römischen Strafrechts sind:
I. nicht juristische; römische und griechische Schriftsteller.

a) römische. Wegen allgemeiner Sittenschilderung wichtig, aber mit Vorsicht zu gebrauchen sind die Komödiendichter Plautus und Terentius. Einzelne bedeutende Notizen geben die Dichter Horatius, Persius und Juvenalis. Von höchster Bedeutung ist Cicero, beson-

1) s. Brisson. de formul. III. c. 21—84. Haubold Instit. p. 128 ff. Savigny System. I. S. 121—143. Puchta Instit. I. S. 514—537. 612 ff. Dirksen Verm. Schriften I. S. 120—139.

2) Eine Zusammenstellung s. bei Rein S. 74. 75. Diokletian soll 1200 Reskripte verfaßt haben.

3) Beispiele sind das Sctm Silanianum, Libonianum, Volusianum, Turpillianum rc. T. D. (29. 5.) T. D. (48. 10.) l. 6. D. ad leg. Jul. de vi priv. (48. 7.) T. D. (48. 16.)

ders in den Reden und rhetorischen Schriften. Weit vorsichtiger sind, wegen Vermischung römischer und griechischer Institute, zu gebrauchen Quinctilianus und Seneca. Unter den Historikern sind die wichtigsten Livius, Tacitus und Suetonius, weniger Sallustius, sodann die sog. Scriptores historiae Augustae [1]), auch Am. Marcellinus, und für die späteste Zeit Cassiodorus und Symmachus. — Von andern Schriftstellern sind bedeutend die beiden Plinius, sodann die Scholiasten und Grammatiker, namentlich Festus (mit P. Diaconus), A. Gellius, Non. Marcellus, Isidorus. — Unter den Erklärern alter Schriftsteller sind hervorzuheben Asconius (zu Cicero's Reden), Acro und Porphyr. (zu Horaz), Servius (zu Virgil), Donatus (zu Terenz). Unter den Kirchenvätern Tertullianus, Lactantius und Augustinus.

b) griechische. Vor Allen Polybius; weniger verläßlich Dionysius Halic., besser Dio Cassius, Plutarch, und Appianus, der aber wenig enthält. Für die mittlere und spätere Zeit Herodianus, Zosimus, Zonaras, von den Byzantinern Procopius und, soweit er zu brauchen ist, Lydus [2]). Einiges in den Kirchenhistorikern, besonders Eusebius.

II. juristische; Gesetzesurkunden und juristische Bücher.

a) aus der Zeit der Republik: das Sctm de bacchanalibus [3]) (1640 gefundenes Denkmal, 1729 von M. Aegypt. herausgegeben, jetzt in Wien); die lex Servilia de repetundis [4]) (theils in Wien, theils in Neapel), und einige Bruchstücke der lex Acilia de repetundis [5]) (in Neapel).

b) aus der Kaiserzeit:

1) Juristische Bücher: Gajus Institutionen [6]) III. §. 182—285, Paulus Receptae Sententiae [7]) V. 13—37 und die Collatio legum romanarum et mosaicarum [8]).

2) Zwei griechische Edikte von Magistratspersonen (des praefectus urbi Cn. Virgilius Capito, und des Tib. Julius Alexander [9]).

1) Dirksen Die script. hist. Aug. 1842.

2) Dirksen Verm. Schriften. I. S. 50—77.

3) Haubold Monum. legalia. p. 5—7.

4) Sigonius de judic. II. 27. Klenze fragm. leg Serv. 1825. Haubold Monum. leg. p. 22—69.

5) Klenze Abhandl. S. 1—24. Haubold Monum. leg. p. 74—77. vgl. Huschke in Schneiders krit. Jahrb. 1842. April.

6) ed. Göschen p. 277 sq.

7) bei Schulting. p. 485. bei Hugo I. p. 169.

8) Lex Dei. s. Rom. et Mos. legg. coll. ed. Blume.

9) Rudorff im Rhein. Mus. 1828. II. S. 64—84. 133—190. Haubold Monum. legal. p. 199—220.

3) kaiserliche Konstitutionen:

aa) die epistolae et sententiae Hadriani, gesammelt von Dositheus (unbedeutend)[1].

bb) Konstantius edictum de accusationibus (aus Pinellis Sammlungen bei Muratori erhalten)[2].

cc) Codex Gregorianus (ohne öffentliche Autorität unter Diokletian gesammelt) lib. XIV, mehrere Titel[3].

dd) Codex Hermogenianus (etwa 370—390). tit. 2 und 18. s. not. 3.

ee) Codex Theodosianus, die erste von Staatswegen veranstaltete Sammlung von kaiserlichen Konstitutionen seit Konstantin (435—438)[4].

ff) Novellen des Theodosius II. und seiner Nachfolger[5].

gg) Corpus juris civilis.

Institutionen IV. 1—5. 18.[6])

Digesten; vornämlich lib. 47. 48, die sog. libri terribiles, außerdem besonders lib. 9.

Codex; vornämlich lib. 9.

Novellen; besonders Nov. 12. 14. 77. 117. 134. 142. 143. 150. 153.

6. Das Princip des römischen Strafrechts.

Rein S. 77—88. Wächter L.B. I. § 29. Abegg Strafrechtstheorieen S. 78—105.

Die Frage, ob dem römischen Strafrechte ein bestimmtes Prinzip zu Grunde gelegen habe, ist wohl zu unterscheiden von der Frage, welche Ansichten die römischen Philosophen und Juristen über Rechtsgrund und Zwecke des Strafrechts gehabt haben mögen. Selbst

1) bei Schulting. p. 835—879.

2) Muratori Thes. inscript. II. p. 180. Klenze in der Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. IX. S. 56—90. 225 ff.

3) Corp. jur. rom. antejust. Bonn. 1837. fasc. II. p. 1—78 (ed. Haenel) vgl. Jacobson de Codd. Greg. et Hermog. Puchta Instit. I. S. 641—646.

4) Corp. j. rom. antej. Bonn. 1837—1842. fasc. II—V (ed. Haenel). Puchta Instit. I. S. 650—654. Aeltere Ausgaben von J. Gothofred 1665, und Ritter. 1736—1745.

5) Bei Ritter im Cod. Theod. ed. Gothofr. Tom. VI., bei Hugo II. p. 1319. 1388. 1395.

6) s. die Ausgabe von Schrader.

die Erwägung, daß diese wissenschaftliche Reflexion durch das in dem positiven Rechte ausgesprochene nationale Bewußtsein werde getragen gewesen sein, ist deßhalb nicht ausreichend, weil bekanntermaßen die Philosophie der Römer wenig originell, vielmehr sehr abhängig von dem Vorbilde der griechischen war. Es ist deßhalb nicht gerechtfertigt, aus solchen rationellen Begründungsversuchen und gelegentlichen Raisonnements einen Schluß für die Beantwortnng der ersten Frage zu ziehen. Auch führt dies um so weniger zum Ziele, je verschiedenartiger und im Einzelnen widersprechender die gedachten Aeußerungen sind.

Mehr oder weniger hat man alle neueren Strafrechtstheorieen aus solchen einzelnen Aussprüchen begründen zu können geglaubt, so z. B. die Besserungstheorie [1]) aus Seneca de ira I. 5. 14—16, Quinctilian XII. 7, 2, einer Stelle von Paulus l. 20. D. de poen. (48. 19) und Nov. 12. 1., — die Specialpräventionstheorie aus Seneca de ira II. 31, vergl. mit l. 6. D. de cust. reor. (48. 3) und l. 20. C. de furt. (6. 2), — die Abschreckungstheorie [2]) aus Gell. XX. 1., Quinctil. decl. 274, Cic. de rep. V. 4, Seneca de ira III. 19. nebst einer Reihe von Stellen aus Digesten und Codex, z. B. l. 6. § 1, l. 16. § 10, l. 28. § 15 D de poen. (48. 19), l. 6. § 3 D. de re milit. (49. 18). L. un. C. de raptu virg (9. 13), l. 14. C. de poen. (9. 47) u. a., — den dreifachen Strafzweck der Besserung, Abschreckung und der Aufrechterhaltung des Ansehens des Verletzten [3]) aus Gell. VI. 14. vgl. Seneca de ira I. 16, de clem. I. 22, Cic. de off. I. 11, wo andere Strafzwecke mit einander verbunden werden. Neben solchen Aussprüchen, welche bestimmte Zwecke an der Strafe hervorheben, findet sich aber auch eine Reihe von solchen, welche in ihr einfach eine Forderung der Gerechtigkeit finden und sie als die nothwendige Vergeltung für die verbrecherische Schuld bezeichnen; so Cic. in Pis. 19, Tac. Annal. III. 69, XV. 20, vgl. l. 131. D. de V. S. (50. 16) [4]).

Manche sind deßhalb der Meinung [5]), die Römer haben gar kein bestimmtes Princip des Strafrechts gehabt, welcher Schluß

1) vgl. Welcker Letzte Gründe. S. 579 ff.

2) s. Kleinschrod System. Entw. II. § 51 ff. Jordan Auslegung der Strafgesetze. S. 60—79.

3) Cropp de praec. jur. Rom. circa pun. con. I. p. 23—34. vgl. Welcker Letzte Gründe S. 548—551. 575—590.

4) vgl. hierüber Abegg Strafrechtstheorieen. S. 98—105.

5) Martin Lehrb. S. 14. Bauer Warnungstheorie. S. 375 ff.

aber eben so wenig gerechtfertigt ist, weil ein solches mit der größten Mannigfaltigkeit rationeller Begründungen und einzeln hervorgehobener Zwecke sehr wohl zusammenbestehen kann, sobald man sich nur nicht einbildet, daß das Princip eines positiven Strafrechts eine einseitige Abstraktion sein müsse, wie sie den Kern der modernen Strafrechtstheorieen ausmachen. Wie aber der Begriff der Strafe in keiner solchen Abstraktion aufgeht, vielmehr ein reiches Ganzes ist, dessen abgerissene Seiten in diesen Abstraktionen sich darstellen [1]), so erscheint es auch in der Wirklichkeit stets als solches lebendiges Ganzes, wenn gleich je nach der Volksthümlichkeit, der Bildungsstufe des Volks und der weltgeschichtlichen Stellung desselben einzelne Seiten dieses Ganzen überwiegend hervortreten können.

Eben dieses letztere verkennt Abegg [2]), indem er dem römischen Rechte in Theorie und Praxis das Princip der Gerechtigkeit vindicirt, durch das dann die Strafzwecke der Abschreckung 2c. nur nicht ganz ausgeschlossen seien; er wendet die abstrakte Folge der Kategorieen: Rechtsverletzung (Talion; Standpunkt der Familie), gefährliche Handlung (Buße und relative Strafzwecke; Standpunkt der bürgerlichen Gesellschaft), Verbrechen (öffentliche Strafe; Standpunkt des Staats) zu gewaltsam auf das römische Recht an, dessen Eigenthümlichkeit er dabei ignorirt. Dabei giebt er wohl zu, daß zeitenweise auch im römischen Strafrechte ein anderes Princip, als das der Gerechtigkeit, zu herrschen scheinen könne, daß wenigstens einzelne Gesetze sich ihr besonderes Princip aufstellen, daß namentlich die Seite des Willens mehr hervorgehoben sei. Gleichwohl finde sich von der frühesten bis in die späteste Zeit das Princip der gerechten Genugthuung durchgeführt, womit sich die Hervorhebung einzelner Strafzwecke (unter denen jedoch der Besserungszweck mit Recht in den Hintergrund gestellt wird) als bestimmend für die Wahl und das Maß der Strafe, wohl vereinigen lasse. Insbesondere behauptet er nun gerade von der Zeit der extraordinaria cognilio, also von der späteren Kaiserzeit, daß hier die Gerechtigkeit als leitender Grundsatz, d. h. mit Unterordnung aller relativen Momente, erst recht hervorgetreten sei. So meint denn auch Rein [3]), es lassen sich durch die ganze Geschichte des römischen Strafrechts

---

1) Meine Neue Revision § 197—207.
2) a. a. O. S. 78—98.
3) S. 81—88.

zwei Grundgedanken, die Sorge für die Sicherheit des Staats und die Erfüllung der Gerechtigkeit, jedoch dergestalt verfolgen, daß der zweite Gedanke sich allmälig zur freieren Selbständigkeit emporgearbeitet habe.

In den Behauptungen Beider liegt nun sicherlich der ganz richtige Grundgedanke, daß der Begriff des Strafrechts, wie er selbst ein Ganzes von vielen Seiten sei, so auch im Leben hervortreten müsse, daß aber die zusammenhaltende Einheit für diese Mehrheit von besondern Beziehungen nur die Idee der gerechten Genugthuung sein könne. Zugleich ist die Wahrheit der Bemerkung nicht zu läugnen, daß die Einrichtung der **cognitio extra ordinem** sehr beförderlich für eine allseitige Würdigung des Verbrechens nach seinen inneren und äußeren Momenten, mithin auch für eine angemessene Durchführung des Gerechtigkeitsprincips gewesen sei [1]).

Allein gleichwohl erweist sich jene abstrakte Anwendung der vorausgesetzten Fortschrittskategorieen gerade am römischen Strafrechte als unzulänglich, und in dieser Hinsicht hat die Ausführung von Welcker [2]), der verschiedene Perioden unterscheidet, weit mehr innere Wahrheit. Wenn irgendwo, so muß gerade bei dem römischen Strafrechte jenes abstrakte Experiment fehlschlagen. Dagegen warnt schon der fortgehende Dualismus zwischen öffentlichem und Privatstrafrecht, sowie die ungeheure Bedeutung des Verfassungswechsels, welcher nicht nur eine Epoche in der Geschichte der römischen Nationalität, sondern einen weltgeschichtlichen Wendepunkt ausmacht, in welchem diese Nationalität ihrer Auflösung entgegengieng [3]). Muß doch auch Abegg selbst eingestehen, daß hie und da das Princip der Gerechtigkeit sich zu verbergen scheine, daß einzelne Gesetze sich ihr besonderes Princip aufstellen, daß das öffentliche Strafrecht die subjektive Seite am Verbrechen als das Ueberwiegende hervorgehoben habe, daß dann namentlich dem Abschreckungssysteme hie und da ein selbständiger Einfluß eingeräumt worden sei, wie sich aus der unverhältnißmäßigen Strenge der Strafarten ergebe ꝛc.

---

1) s. die obige Darstellung der Kaiserzeit.

2) Letzte Gründe S. 450—583. vgl. **Besserer** de nat. poenarum. p. 23—46.

3) Das Argument von Rein, daß der Geist des Volks, aus welchem das Strafrecht sich entwickle. in seinen Grundzügen bei allen Veränderungen der Verfassung doch immer derselbe bleibe, wird sich bei tieferer Würdigung des ob. Angedeuteten nicht halten lassen.

Wenn, worauf er besonderes Gewicht legt, die extraordinaria cognitio z. B. darauf führte, theilweise den Versuch als geringeren Schuldgrad von der Vollendung zu unterscheiden [1]), so ist ja doch eben das wieder charakteristisch, daß dieses neue Princip nicht lebenskräftig durchzudringen vermochte, vielmehr auf einzelne sporadische Anwendungen beschränkt blieb. Eben dasselbe ist auch mit der Unterscheidung der Schuldgrade bei der Theilnahme am Verbrechen der Fall. Aber es liegt ja nahe genug, daß dieselbe Entfesselung des richterlichen Ermessens, welche einer richtigeren Würdigung der verbrecherischen Schuld nach der Gesammtheit ihrer Momente förderlich wurde, gerade eben so auch den mit der neuen Regierungsform so natürlichen Tendenzen der Prävention und Abschreckung die Hand bot.

Die vorliegende Frage ist überhaupt eine solche, die nicht durch Anführung einzelner Stellen entschieden, sondern nur aus der Gesammtanschauung der Geschichte des römischen Strafrechts in seinem Verhältnisse zu dem gesammten römischen Staatsleben beantwortet werden kann. Aus diesem Gesichtspunkte kann aber hier nur wiederholt werden, was schon an einem andern Orte angedeutet worden ist [2]). Ueber die älteste Zeit wissen wir nur, daß ein ansehnlicher Theil des Strafrechts die materielle Wiedervergeltung [3]) zur Grundlage hatte, woneben ein theils religiös, theils politisch öffentliches Strafrecht bestand. Gewiß ist nun, daß in der Privatrache die Idee der Gerechtigkeit, wenn auch auf rohe Weise, ausgesprochen liegt. Sie ist die sinnlich unmittelbarste Darstellung dieser Idee, deren Reichthum auf jener Stufe freilich ganz unentwickelt bleibt [4]). Charakteristisch für das römische Recht ist aber eben, daß die beiden Begriffe, welche die Rache im Keime enthält, Privatgenugthuung und Strafe, sich hier zu zwei neben einander stehenden Systemen entwickelten, und daß insbesondere das System der Privatgenugthuung, das an und für sich nur als Uebergangsstandpunkt gelten kann, sich hier bleibend fixirte, — eine Eigenthümlichkeit, die sich aus dem Wesen der antiken Staatsanschauung erklärt und recht-

1) l. 1. pr. § 2. D. de extraord. crim. (47. 11).
2) s. Meine Neue Revision. S. 680. 681. (§ 181. Anm.)
3) Festus v. talionis. p. 362. Müll. vgl. Gell. XX. 1. Gaj. III. 223. Isidor. V. 27. Quinct. decl. 358. 372. Abegg de antiquiss. p. 36—43. Rein S. 36—39.
4) s. Meine Neue Revision. § 11—13.

fertigt. Dieses System ist nun nur das Aequivalent und die veredelte Form für die materielle Wiedervergeltung, während der Gedanke der idealen Genugthuung sich in dem Sakral- und dem Staatsstrafrecht ausgedrückt fand. Ersteres erscheint geradezu als ein Rachesystem im höheren Sinne, sofern die Strafe hier den Charakter einer Buße an die verletzte Gottheit hat. Im Staatsstrafrechte wird aber nur dem Jenseitigen ein Diesseitiges, der Gottheit die res publica substituirt. Man wird also in der ältesten Form des römischen Strafrechts allerdings das Princip der objektiven Genugthuung nach seinen beiden Seiten hin ausgedrückt finden können [1]). Daß nun aber das Staatsstrafrecht zugleich die Tendenz der Abschreckung an sich getragen habe, ist zwar wahrscheinlich, weil es sich von einem noch nicht zu voller Festigkeit des gesellschaftlichen Zustandes gediehenen Staatswesen überhaupt, und von dem römischen noch insbesondere wegen des Verfassungswechsels vom Königthum zur Republik, sowie wegen des Kampfs der Stände, und des steten Kriegszustandes nach außen und innen erwarten läßt, weil ferner manche sonstige Härte des alten Rechts (die Rechte der patria potestas, die Behandlung des zahlungsunfähigen Schuldners u. dgl.) darauf führen, weil endlich bekanntermaßen viele sehr harte Strafen im Gebrauch waren [2]). Gleichwohl möchte es sehr übertrieben sein, wenn Welcker sagt, bis zu den 12 Tafeln habe ein auf Furchterweckung und Abschreckung gerichtetes Strafsystem mit ganz despotischem Charakter und roher sinnlicher Rache bestanden. Eben so wenig wird man mit der Schilderung der zweiten Periode (bis zur Kaiserzeit) bei Welker übereinstimmen können, wenn er sagt, in dieser lebe der gerechte Charakter der Wiederaufhebung des durch die Schuld gestifteten intellektuellen Schadens, d. h. der Wiederheiligung des Gesetzes, der Besserung des Verbrechers, der Genugthuung für den Verletzten, der Sicherung und Reinigung des Staats von verderblichen Mitgliedern [3]). Vielmehr sind auch hier die beiden Systeme wohl auseinanderzuhalten, die gerade jetzt in

1) **Besserer** a. a. O. p. 18 ff. Rein S. 81.

2) **Besserer** a. a. O. p. 23 ff. Rein S. 83. Auf die Beispiele des **Remus**, des **Mettus Fuffetius** u. a. braucht man hier nicht zu rekurriren. Dagegen darf man sich mit Fug auf Cic. de leg. I. 15, pro Rab. 4, sowie auf die bekannte Ausführung des **Sextus Caecilius** bei Gell. XX. 1. berufen.

3) s. über die hier zu Grund liegende Strafrechtstheorie meine Neue Revision. S. 785. 786.

den schärfsten Gegensatz zu einander traten und eben deßhalb zusammen die Idee der Genugthuung mit konkretester Lebendigkeit ausdrückten. Die Genugthuung im öffentlichen Strafrechte war so sehr eine ideale, daß die Strafe nur in der einfachen Alternative: Ausstoßung aus dem Bürgerverein oder Abbüßung durch Geld, bestand, und daß ersteres Urtheil der schuldige Bürger über sich selbst aussprechen konnte [1]). Von einem Schmelzen der alten Starrheit und einer Vergleichung mit der Aufnahme des jus gentium im Civilrechte [2]), kann hier wohl um so weniger die Rede sein, da in jener einfachen Antithese eben der starrste republikanische Charakter, die schroffste Konsequenz eines rein auf die Persönlichkeit, das Untergehen des Menschen im Bürger, gebauten Staatswesens sich aussprach, da hier das Urtheil über die konkrete Schuld hinaus auf die ganze Persönlichkeit gieng, da endlich die überwiegende Beachtung des Willens bei entschiedener Unterordnung des Thatmoments die erhabenste sittliche Strenge zeigt [3]). Gerade von dieser hochgespannten sittlichen Strenge des republikanischen Staatswesens wich nun die Kaiserzeit zurück. Jezt gieng der Mensch nicht mehr im Bürger auf; dieser richtete nicht mehr sich selbst; jene einfache Alternative verlor sich. An die Stelle einer Entscheidung über die ganze Persönlichkeit trat die Entscheidung über die konkrete Schuld. Zugleich fieng das Privatstrafrecht an, mit dem öffentlichen sich zu vermitteln, und der Zweck der Rechtsverwirklichung als solcher reiner hervorzutreten. Die Cognitio extra ordinem erleichterte, im Vergleich mit dem ordo judiciorum publicorum, die Rücksichtnahme auf freiere Gliederungen der Schuld nach objektiven und subjektiven Momenten (Versuch, Beihülfe, culpa, Affekt, Rückfall 2c.) ungemein [4]). Das freie Ermessen der Richter gestattete ihnen, der Idee der gerechten Vergeltung für die konkrete Schuld sich vielmehr anzunähern, als dies zuvor möglich gewesen war, wie sie denn auch zu diesem Be-

1) Deshalb kann hier nicht von dem Zweck der Reinigung des Staats von verderblichen Mitgliedern gesprochen werden. Ebensowenig ist die Abbüßung als Besserung aufzufassen. Die Genugthuung für den Verletzten aber gehört nicht in das öffentliche Strafrecht, dessen Princip vielmehr eine schlagende Aehnlichkeit mit der Strafrechtstheorie von Fichte hat. s. meine Neue Revision. S. 813—815.

2) Rein S. 85. Besserer a. a. O. S. 27—46.

3) s. meinen Art. in den konstit. Jahrb. 1843. II. u. meine Rec. von Geibs Geschichte in den Jahrb. d. Gegenw. 1843.

4) l. 11. 13. D. de poen. (48. 19). Nov. 105. l. 1. § 2. D. de extraord. crim. (47. 11). l. 6. pr. § 2. l. 7. 9. 10. D. eod.

hufe über ein sehr reichhaltiges und bewegliches Strafsystem zu verfügen hatten. Allein, so wenig die heutigen Vertheidiger der Abschreckungstheorie und ähnlicher Theorieen dadurch von der Gerechtigkeit abzuweichen vermeinen, da sie das gerechte Maß der Strafe für die bestimmte Schuld wohl zu unterscheiden wissen von dem allgemeinen Verhältnisse, das sie zwischen Verbrechen und Strafe aufstellen, ebenso wenig beweisen jene Stellen, worin die römischen Juristen darauf dringen, die bestimmte Strafe solle ganz der konkreten Beschaffenheit des Verbrechens entsprechen, das Geringste dafür, daß nicht das Strafrecht der Kaiserzeit eben durch jene Freiheit des Ermessens zugleich verführt worden sei, einer, in Gesetzen wie im Strafsysteme bestimmt genug ausgesprochenen Präventions-, und namentlich Generalpräventions-Tendenz zu huldigen [1]). Jezt lag der Grund nicht darin, daß der Staat sein festes Beruhen in sich noch nicht gefunden hatte, sondern darin, daß er es mehr und mehr wieder verlor, daß auf Patriotismus nicht zu rechnen war, daß daher die Menge durch Furcht im Zaum gehalten werden mußte, daß dies der Laune des Despotismus ein willkommenes Spiel war, daß die sittliche Entnervung und sociale Desorganisation mannigfacher Art es geradezu nothwendig machte [2]). Abgesehen von so vielen ausdrücklichen Aeußerungen der Gesetze, die auch Abegg zu dem Zugeständnisse bringen, daß hie und da dem Abschreckungsprincip ein selbständiger Einfluß eingeräumt sei, liegt der Beweis in der Härte des Strafensystems, in der gleichzeitigen Veränderung des Prozesses zu inquisitorischer Schärfe (die Folter nicht zu vergessen), in der zum Wahnsinn gesteigerten Grausamkeit bei Behandlung der Staatsverbrechen, vor Allem aber in dem Verlauf der allgemeinen Geschichte des Verfalls der römischen Nationalität und des römischen Staats. Damit kann denn wohl zusammenbestehen, daß bessere Kaiser die Zügel minder straff anzogen, und zeitenweise der Zustand ein sehr erfreulicher war, sowie daß die Abschreckung

---

1) vgl. Cic. de off. I. 25. III. 5. Seneca de ira I. 5. 6. 15. 16. de clem. I. 22. Sallust. Cat. 52. — l. 1. § 1. D. de J. et J. (1. 1). l. 6. D. de cust. reor. (48. 3). l. 6. § 1. l. 16. § 10. l. 28. § 15. D. de poen. (48. 19). l. 31. pr. D. dep. (16. 3). l. 6. § 3. D. de re mil. (49. 18). l. 1. C. ad l. Jul. repet. (9. 27). vgl. ferner Abegg a. a. O. S. 83. und die S. 81—87 angef. Stellen. Luden Handb. d. StrafR. I. S. 82. not. 4.

2) z. B. l. 6. 9. D. de poen. (48. 19). l. 3. § 2. D. ad l. Corn. de sicar. (48. 8). l. 38. § 5. D. de poen. (48. 19). l. un. C. de raptu virg. (9. 13).

weit mehr bei den Staatsverbrechen, als bei andern, ihr Feld hatte [1]). Bezeichnend ist aber noch namentlich, daß der, durch religiösen Einfluß endlich dem altersschwachen Staate noch aufgeklebte Besserungszweck nicht durchdringen konnte, offenbar deßhalb, weil er ein ganz aus dem Abschreckungssystem herausgearbeitetes Rechtssystem vorfand, das ihn eben als Gegensatz hervorgerufen hatte.

II.

Das kanonische Recht.

Eichhorn Grundsätze des Kirchenrechts. II. S. 67—130. Richter Kirchenrecht § 197—217. Walter Kirchenrecht. § 183 ff. Wilda Strafr. der Germanen. S. 525—543. Roßhirt Gesch. u. System. I. S. 171—182. Heffter Lb. § 9. Jarke Hdbch I. § 9.

Auf den Trümmern des auf der Idee der Persönlichkeit beruhenden antiken Staats erhob sich das Princip der Subjektivität [2]) als das weltbeherrschende, — in politischer oder nationalrechtlicher Form mittelst des germanischen Volksgeistes, in universaler Bedeutung mittelst des Christenthums.

So sehr es nun gegen den Begriff der Kirche ist, eine Wirksamkeit mittelst Zwangs auszuüben [3]), so lag doch für die christliche Kirche im Mittelalter eine Berechtigung hiezu in der Schwäche und Noth des Staats, der Mühe hatte, gegen die Ansprüche der Subjektivität sich durchzusetzen. Gerade die subjektive Grundlage des germanischen Staats hinderte diesen daran, und ließ ihn endlich nur in der subjektiven Form der Feudalität sich festsetzen. Für jene ganze Zeit der Gährung roher Kräfte fehlte es daher an einem

---

1) Vgl. Abegg a. a. O. S. 88—91. Daß dieser Gesichtspunkt für die häusliche und polizeiliche Gerichtsbarkeit empfohlen wurde — l. 9. § 3. D. de off. procons. (1. 16). l. un. C. Th. de emend. prop. (9. 13). Nov. 105 — war ganz in der Ordnung.

2) s. meinen Art.: der Deutsche Strafproceß ꝛc. in den konstitut. Jahrb. 1843. II. S. 55—57.

3) A. M. Phillips KR. II. 553. 554. 558.

das Allgemeine des Willens behauptenden Principe. Hier trat nun die Kirche ein. Sie brachte dem Subjekte (dem inneren Menschen) das Heil, ihr beugte sich daher der Trotz, der den Staat bekämpfte. Sie band die Individuen und die Völker zusammen. Eben damit geschah es aber, daß sie sich selbst verweltlichte und als Staat neben dem Staate, und bald über den Staat setzte. Sie war in jener wilden Zeit der Sitz der Bildung, der Humanität, der Moral, der gesellschaftlichen Tugenden. Sie wuchs überdies, der Gleichheit des Princips wegen, in den germanischen Volksgeist hinein und redete als seine eigene Seele aus ihm heraus [1]), daher denn auch das wahrhaft Gute, was sie im Strafrechte geleistet hat, nicht aus ihrem hierarchischen, sondern aus dem innersten Bedürfnisse des germanischen Geistes gekommen ist.

In der ältesten Zeit [2]), so lange die kirchliche Gemeinschaft noch autonomisch außerhalb des Staats bestand, übte sie nur ein Disciplinarstrafrecht über ihre Mitglieder aus, wie es ihrem Begriff nach ihr zukam; d. h. sie duldete den, der in offenkundiger Sünde lebte, nicht in der Gemeinde, nahm ihn aber wieder auf, wenn er Reue und Besserung bewies [3]). Da man die Ausstoßung nur für schwere Fälle vorbehalten zu müssen glaubte, so wandte man für die geringeren allerlei Büßungen an, die in verschiedene Stufen geordnet wurden [4]), die aber, weil man sie freiwillig übernahm, nicht als eigentliche Strafen, wie die Exkommunikation, zu betrachten waren. Die betreffenden Fälle waren Verletzungen der religiösen Moral oder der kirchlichen Ordnung. Desgleichen konnte es als ein natürliches Recht der kirchlichen Gemeinden gelten, wenn sie die Geistlichen wegen Uebertretung ihrer Amts- und Standespflichten absetzten. Pönitenzen und Exkommunikation konnten auch gegen Geistliche verfügt werden, auch in Verbindung mit der Deposition [5]). Nur

1) s. die treffende Auseinandersetzung des Verhältnisses der allgemeinen katholischen Kirche zu der seit dem 9ten Jh. hervortretenden Selbständigkeit der nationalkatholischen Kirchen bei Stein (Warnkönig u. Stein) franz. Staats- u. Rechtsgeschichte III. S. 299—303. 331. 332.

2) Bingham Orig. eccl. XVI. c. 4—14. Riegger Instit. jurispr. eccl. IV. § 239 sq.

3) Matth. 18, 17. 1. Cor. V. 2. Cor. XIII. 2. 20. — 1. Tim. V. 20.

4) Cyprian. ep. 11. 52. § 13. Tertull. de poenit. c. 9.

5) Conc. Neocaes. c. 1. (c. 9. dist. 28.) Conc. Nic. c. 10. (c. 5. dist. 81.) Can. ap. 25. 28. (c. 12. dist. 81.)

gieng das Recht der Gemeinden in beiden Richtungen allmälig auf die Bischöffe (zunächst unter Zuziehung der Gemeinden) über [1]).

An diese harmlosen Anfänge eines kirchlichen Strafrechts knüpften sich aber allmälig weit bedeutendere Entwicklungen kirchlicher Macht. So sehr die römischen Kaiser, seit die christliche Kirche Staatskirche geworden war, sie als Staatsinstitut betrachteten [2]) und sich ein, nur durch ein gewisses jus divinum beschränktes Principat über dieselbe zuschrieben, so trugen sie doch schon wesentlich dazu bei, jene Macht der Kirche zu vermehren, — namentlich indem sie strenge Strafverbote gegen Häretiker erließen [3]), und indem sie den privilegirten Gerichtsstand der Geistlichen vorbereiteten [4]). Während nämlich vor Justinian nur Amts- und geringere Vergehen der Geistlichen vor den Bischoff, alle eigentlichen bürgerlichen Verbrechen derselben aber vor den weltlichen Richter gehörten [5]), so gestattete Justinian dem Bischoff, wenn bei ihm zuerst geklagt sei, den Geistlichen zuvor seines Amtes zu entsetzen, und gegen die Sentenz des weltlichen Richters, wenn von diesem von Anfang an verhandelt worden sei, sich bei dem Kaiser zu verwenden, beziehungsweise die geistliche Strafe auszusprechen und zu vollziehen [6]). Zu der Strafe der Deposition kamen nämlich als weitere kirchliche Strafen gegen Geistliche noch hinzu: die Suspensio, die irregularitas ex delicto, und die privatio beneficii.

Im fränkischen Reiche war zwar vom 6ten bis um die Mitte des 8ten Jahrhunderts die Gewalt der Kirche der Staatsgewalt noch weit mehr untergeordnet, als im römischen Reiche [7]), was sich nicht nur im Einflusse des Königs auf die Gesetzgebung, sondern auch in der Verwaltung zeigte. Derselbe hatte die bedeutendsten Rechte bei Ernennung der Bischöffe und gewann ein noch größeres Gewicht durch ihre Einordnung in den Feudalverband. Zwar bereitete sich eben durch den Feudalverband und das auf den Klerus

1) Eichhorn I. S. 37. 302. 303. Richter § 197. n. 1—6.
2) Eichhorn I. S. 39—65.
3) T. C. de haeret. (1. 5).
4) vgl. Sozomenus hist. eccl. I. 9. Schilling de orig. jurisd. eccl. p. 13 sq. Unger Altdeutsche Gerichtsverf. S. 381.
5) l. 12. 23. 41. 47. C. Th. de episc. (16. 2.) vgl. l. 3. C. Th. de episc. judicio (16. 12) mit C. 43. c. 11. qu. 1. u. C. 10. c. 11. qu. 1. Schilling l. c. p. 36. 37.
6) Nov. 123. c. 21. § 1. vgl. C. 38. c. 11. qu. 1.
7) Eichhorn I. S. 126—147.

übergetragene Korporationsprinzip eine bedeutsamere politische Stellung der Kirche vor [1]). Aber, was namentlich die Gerichtsbarkeit über die Geistlichen betrifft, so hatten sie nur das Recht, wenn sie wegen bürgerlicher Verbrechen vor ein weltliches Gericht gezogen wurden, mit Zuziehung ihres geistlichen Obern, resp. ihrer geistlichen Pairs von einer Versammlung weltlicher und geistlicher Reichsstände oder von einer Synode unter Vorsitz und Einfluß des Königs gerichtet zu werden [2]). Die pseudoisidorischen Dekretalen jedoch machten den Satz geltend, daß ein Bischoff oder Kleriker überhaupt nicht vor ein weltliches Gericht gezogen, auch nicht von Laien angeklagt, oder auf das Zeugniß von Laien verurtheilt werden dürfe [3]), welche Ansicht vom 8ten Jahrhundert an allmälig durchzudringen anfieng [4]). Diese Ansprüche wurden aber mit der steigenden Macht des römischen Primats vom 11ten Jahrhundert an noch überboten [5]). Der Satz, daß nur ein Geistlicher einen Geistlichen richten dürfe, wurde von Kaiser Friedrich II. in vollster Ausdehnung anerkannt [6]). Es bildete sich ein besonderes bürgerliches Recht der Geistlichkeit, das später sogar das Ansehen eines gemeinen bürgerlichen Rechts erhielt und als solches mit dem römischen Rechte in die weltlichen Gerichte eindrang [7]). Die Strafgerichtsbarkeit über die Geistlichen ward gänzlich Sache der kirchlichen Gesetzgebung, nicht mehr bloß bei geistlichen, sondern auch bei bürgerlichen Vergehen, weßhalb die kirchlichen Strafen gegen Geistliche in ihrer Bedeutung mehr und mehr den weltlichen genähert werden mußten [8]). So kamen Geldstrafen, Relegation, körperliche Züchtigung und Gefängnißstrafen, (namentlich Einsperrung in ein Kloster), doch immer mit einer re-

---

1) vgl. die nähere Entwicklung bei Stein franz. R.G. III. S. 303—319.

2) Conc. Matisc. I. c. 7. II. c. 10. Ed. Chlot. IIa. 614. c. 4. Unger a. a. O. S. 387—389. Capit. a. 769. c. 17. Capit. a. 791. c. 28.

3) Gaj. ep. II. (c. 1. C. XI. qu. 1.) Sylvest. in conc. Rom. II. (c. 9. 10. cit.)

4) L. Langob. Car. M. c. 99. Ludov. Pii. c. 4. Cap. Francof. c. 39. s. aber auch Unger a. a. O. S. 389—392.

5) Eichhorn I. S. 168—212; besonders S. 180—184. 192. 193.

6) Auth. Statuimus ad l. 33. C. de episc. et cler. (1. 3.) vgl. c. 4. 8. 10. 17. X. de judic. (2. 1.) c. 12. 13. X. de foro comp. (2. 2.)

7) Ueber die Bedeutung des Corp. Jur. Can. für die äußere und innere Rechtseinheit der gesammten christlichen Kirche, die ein Hauptthebel ihres weltlichen Einflusses wurde, und über die Verbindung des kirchlichen Rechts mit der aufblühenden Rechtswissenschaft s. Stein franz. R.G. III. S. 320—331.

8) c. 17. X. de judic. (2. 1.)

ligiösen Wendung, gegen Geistliche auf [1]). Nur, wenn die Kirche ihre Kirchenstrafe im einzelnen Fall für ungenügend hielt (weil der Zweck der Besserung nicht zu erreichen stehe), bediente sie sich des weltlichen Arms, d. h. sie degradirte den Geistlichen und übergab ihn den weltlichen Gerichten zur Bestrafung (mit Leibes- und Lebensstrafen [2]).

Wie aber die Kirche ihr Disciplinarstrafrecht über die Geistlichen zu einer tiefgreifenden Usurpation zu benützen wußte, ebenso verstand sie auch gegenüber den Laien immer größere Ansprüche durchzusetzen.

Nach dem ältesten Kirchenrechte wurden nur für offenkundige Vergehen gegen die christliche Sittenlehre Pönitenzen und Exkommunikation angewandt, erstere, da sie freiwillig übernommen wurden, nicht als eigentliche Strafen, sondern als Versöhnungsmittel wegen geringerer Vergehen oder behufs der Wiederaufhebung der Exkommunikation [3]), — letztere in der doppelten Bedeutung einer Ausschließung von der Theilnahme an den Sakramenten, und einer Ausstoßung aus der äußeren kirchlichen Gemeinde [4]). Einerseits wurde nun die Exkommunikation in der letzteren Bedeutung beibehalten, auch seit die Kirche nicht mehr außer dem Staate stand. Andrerseits erhielt seit dem Ende des 4ten Jahrhunderts das kirchliche Bußsystem eine andere Bedeutung. Es wurden nämlich zunächst auch für nicht offenkundige (und gebeichtete) Vergehen öffentliche Pönitenzen angesetzt [5]).

Doch wurde die Beichte solcher Vergehen nicht verlangt, sondern die Buße, die nach alter Weise in Fasten und Kasteiungen bestand,

1) c. 3. C. 21. qu. 5. — c. 13. 18. X. de off. jud. ordin. (1. 31.) — c. 8. dist. 45. — c. 1. C. 23. qu. 5. — c. 6. C. 11. qu. 1. — c. 7. dist. 81. — c. 27. § 1. X. de V. S. (5. 40.) c. 3. de poen. in 6°. (5. 9.) — c. 2. C. 21. qu. 2. — c. 6. § 7. X. de homic. (5. 12.) c. 6. X. de poen. (5. 37.) c. 7. dist. 50.

2) c. 10. X. de judic. (2. 1). vgl. c. 6. X. de maj. et ob. (1. 33). c. 9. X. de haeret. (5. 6). c. 7. X. de crim. falsi (5. 20).

3) Morinus de discipl. in admin. sacram. poenit. Tertull. de poenit. c. 9. apolog. adv. gent. c. 39. Bingham. orig. VIII. p. 156 sq. vgl. cap. reg. Fr. V. c. 136. Regino II. 27. Unger S. 392—394.

4) Matth. XVIII. 15—18. 1. Cor. 5. c. 18. C. 2. qu. 1. Eichhorn I. S. 202. 203. II. S. 71. 72. Unger S. 392. 393.

5) Sozomenus hist. eccl. VII. 16. bei Eichhorn I. S. 206. not. 29. u. Socrates hist. eccl. V. 19. ebend. S. 205. not. 26 28. Die öffentliche Bekanntmachung der Vergehen kam in der abendländischen Kirche ab. Leo I. ep. 168. in c. 89. Dist. 1. de poen. eb. S. 207. not. 30.

ward nur nach freiem Bekenntniß der Sünde auferlegt [1]). Im 8ten Jahrhundert aber gestattete die germanische Kirche den Abkauf der Pönitenzen durch Gebete und Almosen (in Gelde [2]), wodurch sich die öffentliche Pönitenz (für Geistliche schon im 5ten Jahrhundert nicht mehr üblich [3]), allmälig ganz verlor, und die Geldbußen solche ganz vertraten [4]), nun nicht mehr als Almosen, sondern als wirkliche Strafen, die als Gerichtseinkünfte behandelt wurden. Diese Redemtionen schloßen sich Anfangs wohl ohne Zweifel an das weltliche Kompositionssystem an [5]). Allein gewiß hatte an der gedachten Entwicklung die allgemeine Veräußerlichung des religiösen Elements ebenso wesentlichen Antheil. Erst findet sich nämlich der Gebrauch [6]), die Absolution auch vor der Pönitenz und unter der Bedingung der nachfolgenden Leistung der Buße oder ihres Surrogats zu ertheilen [7]); bald aber wurde sie als richterlicher Akt von Seite des Priesters angesehen [8]), und, um dieser Richtergewalt die möglichste Ausdehnung zu verschaffen, die Beichte aller Vergehen unter Strafandrohung vorgeschrieben [9]), zugleich aber mittelst der Idee des opus operatum die Buße möglichst erleichtert, indem mit ihrer Leistung oder der Leistung ihres Surrogats Alles abgethan sein sollte [10]). Auf solche Weise verlor sich die Strenge des alten Bußsystems nothwendig ganz. Es kam die Lehre vom Ablasse auf, d. h. die Ansicht, daß aus dem überflüßigen Schatze der Verdienste Christi und der Heiligen den offenkundigen (und nachher auch andern) Sündern ein Geschenk in Form eines Nachlasses an den von ihnen verdienten kirchlichen Strafen gemacht werden könne [11]). Dadurch wurde nun der alte Begriff der Pönitenz vollends ganz verändert. Ehemals hatten nur öffentliche Pönitenzen bestanden, und diese hatten nur bei offenkundigen Vergehen, wo sie nicht freiwillig übernommen

1) Eichhorn I. S. 207. not. 30.
2) Richter K.R. § 199. not. 4. 6.
3) c. 65—67. dist. 50. cum adn. Boehm.
4) c. 3. X. de poen. (5. 37).
5) Richter K.R. § 199. n. 4. Wilda Strafr. d. Germ. S. 534.
6) ebend. § 244.
7) Stat. Bonif. Mog. c. 31. in Cap. Reg. Fr. VI. 206.
8) Richter K.R. § 244. not. 8.
9) c. 12. X. de poenit. (5. 38).
10) Thom. Aqu. in Suppl. P. III. qu. 13. act. 2. qu. 18. act. 1.
11) C. 14. X. de poenit. (5. 38). Richter K.R. § 244. not. 13—15. Wilda a. a. O. S. 536.

wurden, den Charakter der Strafe gehabt. Jetzt wurden aber von den Beichtvätern Privatbußen aufgelegt, denen man diese Bedeutung beimaß, die aber mehr oder weniger zur bloßen Geldquelle für die Kirche wurden [1]).

Indem nun die Kirche die Exkommunikation [2]) als Strafe festhielt und die Pönitenzen als Strafen behandelte, so entstand der Begriff von kirchlichen Verbrechen und von kirchlichen Strafen, die mit den weltlichen Strafen im gleichen Falle konkurrirten.

Von Anfang an hatte es die Kirche nur mit den offenkundigen Vergehen des Laien zu thun, so daß hier Exkommunikation und Buße nur in Folge von Notorietät erfolgte, nicht aber in Folge von Anklage und Beweis, wie sie bei den Vergehen der Geistlichen angenommen wurden, da bei diesen der eigentliche Begriff von Verbrechen und Strafe früher feststand [3]). In Beziehung auf die Vergehen der Geistlichen kamen sofort die römischen Proceßformen und daneben die Anwendung des (kanonischen) Reinigungseides zur Geltung [4]). Im fränkischen Reiche wurden die Vergehen der Geistlichen nach reinem oder theilweise modificirtem germanischem Rechte abgemacht [5]). Dagegen wurden an den Laien nur die offenkundigen Sünden gerügt. Die Form dazu gaben (seit dem 9ten Jahrhundert) die mit der jährlichen Visitation verbundenen Sendgerichte [6]); d. h. es wurden in den einzelnen Parochieen unbescholtene Männer als Sendzeugen beeidigt, um auf Befragen des Bischoffs (Archidiakons) die ihnen bekannt gewordenen Laster und Sünden zum Zwecke kirchlicher Bestrafung (auch wohl bloßer Ermahnung) anzuzeigen [7]). Die verhängten Strafen waren Pönitenzen oder

---

1) Regino de disc. eccl. bei Gieseler Kirch.Gesch. II. 1. S. 264. Eichhorn I. S. 209—212. II. S. 82. not. 20. Richter § 199. not. 6.

2) Ueber deren Gebrauch vom 10—12ten Jh. s. Stein franz. R.G. III. S. 333. 334.

3) c. 18. 19. C. 2. qu. 1. Biener Beiträge 2c. S. 17. Eichhorn I. S. 76. 77. A.M. Richter § 211. not. 5. — c. 17. dist. 45.

4) c. 7. C. 2. qu. 1. — c. 6. C. 2. qu. 5.

5) Anklage, Notorietät, mala fama. Dagegen Reinigungseid mit Eidhelfern, so jedoch, daß der Reinigungseid bei mala fama zu der alten kanonischen Bedeutung zurückkehrte. Richter § 211. not. 8—10.

6) Regino de disc. eccl. II. 1 sq. Biener Beitr. S. 28 ff. Richter § 186. Bodmann Rheingauische Alterth. II. 854. Unger Altdeutsche Gerichtsverf. S. 394 ff.

7) Cap. Vern. c. 2. (Pertz Mon. III. p. 24). Cap. Car. M. c. 7. (ib. III.

die Exkommunikation, und dienten wesentlich dazu, das damals im Kompositionssystem aufgegangene Strafrecht des Staats zu ersetzen [1]).

Neben dem weltlichen Kompositionssystem tauchte jedoch allmälig ein öffentliches Strafsystem auf, und so konkurrirte nun seit dem 13ten Jahrhundert weltliches und geistliches Strafrecht. Während nämlich seit dieser Zeit solche Vergehen, welche vor weltlichen Gerichten bereits bestraft oder doch anhängig waren, nicht mehr mit öffentlicher Buße (kirchlicher Strafe) belegt werden sollten, nach dem weltlichen Rechte jener Zeit mithin alle an Leib oder Leben zu strafenden Missethaten von dem kirchlichen Strafrechte eximirt wurden und nur noch vor dem forum internum gerügt werden konnten [2]), — so entwickelte sich nun um so bestimmter eine Reihe von eigentlichen Kirchenvergehen, in Beziehung auf welche die Kirche den Vorrang vor der weltlichen Strafgerichtsbarkeit behauptete, weil sie durch dieselben sich unmittelbar als verletzt ansah [3]). Aber auch außer dieser ausschließlichen Gerichtsbarkeit (über Ketzerei, Schisma, Apostasie, Simonie [4]) nahm die Kirche auch jetzt noch eine mit dem Staate konkurrirende Jurisdiktion in Anspruch, indem sie theils da, wo sie selbst oder die Geistlichen verletzt wären, dem Kläger zwischen weltlichem oder geistlichem Gericht die Wahl ließ [5]), theils bei allen Vergehen, die eine kirchliche Beziehung hätten, sich das subsidiäre Einschreiten vorbehielt (delicta mixti fori, d. h. Ehebruch, Konkubinat, Sodomie, Sakrilegium, Magie, Blasphemie, Meineid, Wucher [6]). Wo nun der geistliche Richter einschritt, da konnte er zunächst alle von jeher gegen Laiensünden zulässigen Strafen verhängen. Außerdem setzte die kirchliche Gesetzgebung bürgerliche Nachtheile als Folgen der kirchlichen Censur fest [7]). Jedenfalls berechtigte den geistlichen Richter seine Verurtheilung, den Verbrecher dem weltlichen

---

p. 33). vgl. Pipin. Cap. Langob. c. 8. (Pertz. III. p. 43.). Eichhorn II. S. 73—75. Ders. Rechtsgesch. I. § 181. II. § 322.

1) Eichhorn Rechtsgesch. I. § 206. Kirch.R. II. S. 75. not. 31.

2) c. 2. de except. in 6⁰. (2. 12). Glosse z. sächs. L.R. I. 2. Es blieben nur noch die leichteren Fleischesvergehen und solche Delikte übrig, die zugleich als Delikte gegen die kirchliche Ordnung erschienen. c. 3. X. de poen. (5. 37).

3) c. 2. X. de judic. (2. 1).

4) Richter § 205. 206. Eichhorn II. S. 116—128.

5) c. 8. X. de foro comp. (2. 2). vgl. l. 1. C. Th. de religione (16. 11). c. 13. X. de judiciis (2. 1). Schilling l. c. p. 66 sq.

6) Richter § 207.

7) Eichhorn I. S. 193. II. S. 79. not. 9. 10.

Arm zur Bestrafung zu überliefern [1]). Endlich dehnte die Kirche die gegen Geistliche gebräuchlich gewordenen, bürgerlichen Strafen allmälig auch auf Laien aus [2]), insbesondere bei den zuvor erwähnten del. mixti fori, wo die Prävention zwischen dem weltlichen oder geistlichen Forum entschied, nur daß Leibes- und Lebensstrafen stets dem weltlichen Richter überlassen wurden [3]).

Der hauptsächliche Hebel zur Befestigung und Ausbildung dieser Gewalt der Kirche war das von ihr, zunächst für die Vergehen der Geistlichen, seit dem 13. Jahrhundert ausgebildete Strafverfahren [4]). Sie ließ nämlich die beiden Hauptformen der Anklage und der Notorietät bestehen (wobei nur der Reinigungseid im germanischen Sinne weggefallen war), gestattete aber statt der Anklage auch bloße Denunciation, wobei der Denunciant als Beweisführer thätig sein konnte, und Untersuchung von Amtswegen auf mala fama hin [5]). Zwar wurde nun gegen Laien Anfangs ganz das bei den Sendgerichten übliche, germanische Verfahren (auf Geständniß, Eid mit Eidhelfern oder Gottesurtheil) beibehalten [6]); allein, da auch bei Kirchenvergehen der Laien eine Anklage zugelassen ward (auf klagbare Fälle ward das neue Verfahren berechnet [7]), so konnte die Praxis leicht zu einer allgemeinen Ausdehnung des neuen Denunciations- und Inquisitionsverfahrens auch auf die Laien kommen.

Es wurde jedoch die bisher geschilderte Strafgerichtsbarkeit der Kirche seit dem 16ten Jahrhundert durch den Staat mehrfach eingeschränkt und späterhin theilweise ganz aufgehoben [8]), — mit

---

1) c. 15. X. de haeret. (5. 7).

2) c. 10. C. 26. qu. 5.

3) Eichhorn II. S. 84—88. Richter § 207. not. 1. 2. Ueber das kirchliche Asylrecht s. Richter § 212. Wilda Strafr. d. Germ. S. 537—543. Wie übrigens die Abneigung der Kirche gegen Lebensstrafen zur Grausamkeit in anderer Richtung führte, s. bei Wilda S. 511.

4) s. Meinen Art. in den konstitut. Jahrb. 1843. II. S. 77—80. Biener Beiträge rc. S. 38 ff.

5) c. 14. 16. 17. 19. 21. 24. X. de accus. (5. 1). c. 31. X. de simon. (5. 3). Richter § 211. not. 17—24

6) c. 15. C. 2. qu. 5. — c. 1 - 3. X. de purg. vulg. (5. 35). c. 9. X. de haer. (5. 7). c. 13. § 7. X. de accus. (5. 1). Regino de disc. eccl. II. § 234. 238. 239. Richter § 211. not. 13—16.

7) Eichhorn II. S. 83. not. 22.

8) ebend. II. S. 88. 89. Richter § 208. Vor Allem in den deutschen Städten s. Stellen bei Donandt Gesch. d. brem. Stadtrechts I. S. 138. not. 198. vgl. Siebenkees Mater. z. Nurnb. Gesch. II. S. 439—443.

Recht, da die Hauptaufgabe der Kirche, den Staat zur Zeit seiner Schwäche und Unmündigkeit zu ersetzen, längst erfüllt war.

Aus der vorangehenden Darstellung erklärt sich nun übrigens der fragmentarische Charakter des kirchlichen Verbrechen- und Strafsystems [1]). Die Kirche setzte das weltliche Recht voraus, und bildete es nur zu ihren Zwecken um, römisches wie deutsches, wozu sie sich, als die dem Staat gegenüber Vornehmere, vollkommen befugt erachtete. Nur im eigentlich kirchlichen Strafrecht trat sie ausschließlich schöpferisch auf [2]).

Sie hat ohne Zweifel selbst mit diesen Usurpationen [3]) Gutes gestiftet, indem sie eine Reihe von Uebelthaten hervorhob oder strenger verpönte, die sonst ungestraft geblieben oder larer behandelt worden wären (z. B. Blasphemie, Meineid, Wucher, Verbrechen im Kreise der Familie [4]), überhaupt aber längere Zeit hindurch den unfähigen Staat geradezu ersetzte, und bei dieser Stellvertretung auf allgemeine Sittigung hinwirkte [5]). Freilich hat sie aber auch ebensoviel geschadet, indem sie sich selbst verweltlichte und dadurch nicht nur ihren eigenen idealen Gehalt materialisirte, sondern auch (mit den geistlichen Verbrechen) in das Strafrecht ein Schlangennest legte, dem erst das vorige Jahrhundert die Köpfe zertreten hat.

---

1) Marezoll Straf-R. § 8. Eichhorn K.R. II. S. 89—105. 116—131. Richter § 198—209.

2) Vom Proceß kann man dieß nicht in demselben Maaße sagen. s. Geib Gesch. des röm. Strafproc. und meine Rec. Jahrb. d. Gegenw. 1843. — A.Mi. Roßhirt Gesch. u. System. I. S. 174.

3) Um diese durchgängig nur eben so ganz natürlich zu finden, muß man die Sache so schwärmerisch ansehen, wie Roßhirt Gesch. und System. I. S. 172. 173.

4) Auch parricidium, Kindsmord, Aussetzung rc. gehören dahin. Wilda Strafrecht der Germ. S. 529. vgl. Stein III. S. 335. 336, der aber dieses Moment zu stark premirt, so als hätte das weltliche Strafrecht das Verbrechen nur als Verletzung der äußeren Persönlichkeit aufgefaßt, was doch St. vorher selbst in Abrede zu ziehen scheint.

5) so besonders auf mildere Behandlung der Unfreien s. Bened. Lev. bei Unger Altdeutsche Gerichtsverf. S. 241. c. 6. dist. 86. vgl. Löbell Greg. v. Tours. S. 46. 47. L. Wisigoth. IX. 1. c. 10. L. Liutpr. V. 19. 20. L. Alam. 46. (47). Aelfud. Mos. Ges. c. 11. 12. Capit. Karlom. a. 743. c. 3. Capit. a. 779. c. 19, ferner z. B. in der Schuldlehre der Grundsatz, daß Wahnsinnige und Kinder für ihre Handlungen nicht kriminell verantwortlich gemacht werden dürfen. C. un. Clem. de homicid. (5. 4). c. 1. X. de delictis pueror. (5. 23). Dagegen gingen freilich auch Verkehrtheiten, wie die Unterscheidung von foetus animatus und non anim. aus dem kirchlichen Recht in das weltliche über. Can. 8—10. Csa 32. qu. 2. vgl. P.G.O. Art. 133.

Abgesehen jedoch von der in der Geschichte vorübergegangenen Wirksamkeit, hat die Kirche auch einen bleibenden Einfluß auf das deutsche (überhaupt das europäische) Strafrecht geäußert, und zwar gerade da am entschiedensten, wo der Geist des Christenthums[1]) sich mit dem verwandten germanischen Volksgeiste berührte[2]).

Zunächst erhielt durch das Recht der Kirche die subjektive Seite am Verbrechen ihre hauptsächliche, von der römischen Auffassung noch wohl zu unterscheidende, Ausbildung. Freilich war der Standpunkt ein einseitiger, dem Strafrecht als solchem nicht adäquater[3]), da das Verbrechen als Sünde, mithin religiös moralisch, aufgefaßt wurde. Gleichwohl war diese Einseitigkeit vortheilhaft. Denn eben der Schuldbegriff ist das, was Moral und Recht gemein haben, und was seine tiefste und eigenthümlichste Entwicklung nur auf einem vorzugsweise moralischen Standpunkte erhalten konnte, der zugleich höher, als der politisch sittliche der römischen Welt, war. Wenn nun zwar jener subjektive Standpunkt dem germanischen Geiste innigst verwandt war[4]), so war dieser doch nicht geeignet, ihm die Universalität zu geben, welche er auf dem weltgeschichtlichen Wendepunkt jener Zeit haben mußte, um seinen vollen Gehalt zu entwickeln. Hier einzutreten, war die wesentliche Aufgabe der Kirche.

Das kirchliche Recht faßte aber zugleich auch die Strafe als Mittel der inneren Versöhnung, der Besserung des Schuldigen auf[5]) und es ist eben dies als der segensreichste Theil ihres Einflusses auf das weltliche Strafrecht zu bezeichnen[6]).

---

1) Auf das römische Strafrecht hatte dieser nur oberflächlich gewirkt, namentlich nicht einmal die Standesunterschiede aufgehoben. Roßhirt a. a. O. I. S. 171.

2) Wilda a. a. O. S. 525. 526.

3) s. meine Neue Revision. S. 380. Uebrigens schloß sich die Kirche denn doch wieder im Einzelnen gerade an das Germ. Recht an, wie namentlich bei der Unterscheidung der Grade der Theilnahme am Verbrechen. c. 6. X. de homicid. (5. 12).

4) ebend. § 116. Anm. S. 337—339. u. S. 407. 475—478 u. f. f.

5) c. 36. 63. 66. Dist. 1.

6) ebend. § 163—165. S. 628—638. Wilda a. a. O. S. 530. 531. 537. vgl. Luden Hdbuch d. Straf=R. I. S. 83. not. 6—10.

III.

Geschichte des deutschen Strafrechts.

1. Strafrecht der Germanen.

Die älteste Geschichte des deutschen Strafrechts fällt mit der des germanischen Strafrechts überhaupt zusammen, dessen charakteristische Grundzüge großentheils aus außerdeutschen, insbesondere skandinavischen Quellen leichter und reiner zu erkennen sind, als aus den ältesten deutschen Quellen selbst, da diese einen Zustand zeigen, der größtentheils nicht mehr als ursprünglicher, sondern als ein den ursprünglichen voraussetzender Uebergangszustand erscheint [1]).

Es fragt sich, ob die älteste Volkseintheilung der Germanen und folgeweise das ganze Prinzip ihrer ältesten Verfassung auf den Markgenossenschaften, überhaupt auf räumlichen Verbänden [2]), oder auf dem Geschlechtsverband [3]) beruht habe? Das Letztere erscheint als das Wahrscheinlichere. Wenigstens stellt sich nur unter der Voraussetzung einer Geschlechtsverfassung und einer damit zusammenhängenden, halbnomadischen Weise des Ackerbaus [4]) die Völkerwanderung als eine naturgemäße Entwicklung dar.

Das Wesen der geschlechtlichen Verfassung besteht darin, daß alle politischen Ordnungen über den Typus der Familie abgeformt sind. Auf der grundsätzlichen Verbindung der Geschlechter ruhte die Landvertheilung, woran sich der Organismus des Heers und der Gerichte anschloß. Der Geschlechtsverband bestimmte den Ortsver-

---

1) Wilda Strafrecht der Germanen. S. 7—13. vgl. Grimm Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. III. S. 77 f.

2) s. bes. Möser Osnabr. Geschichte I. Eichhorn D. St. u. R.G. I. § 14. a. Waitz D. Verf.G. I.

3) s. Eichhorn D. St. u. R.G. I. Anm. zu § 18. Wilda Strafr. d. Germ. S. 116 ff. v. Sybel Entstehung d. deutsch. Königthums, und die Verhandlungen zwischen diesem und Waitz in Schmidts Zeitschr. f. Gesch. III. Vgl. Weiske Grundlagen der früheren Verf. Deutschl. S. 33 ff.

4) Guizot Essais sur l'hist. de France. Hanssen in Falcks Neuem staatsb. Magazin IV. VI. Vgl. Waitz I. S. 19—31. s. aber auch S. 123. 142 ff. II. S. XI ff. Zeuß die Deutschen und ihre Nachbarstämme. München 1837. Grimm Gesch. der deutschen Sprache I nr. II. S. 15 ff. Sternberg D. St. u. R.G. S. 18—20.

band, sofern er das Recht hatte, den Besitz der einzelnen Mitglieder, beziehungsweise der einzelnen Geschlechter jährlich neu zu regeln [1]). Die geschlechtlichen Verbindungen (Familien, Stämme, Völkerschaften, wobei die Familie aber nur die Form der auch für Fremde offenen Einigung bildete) traten nämlich zugleich als örtliche auf, indem jedes Geschlecht (gens) auf einem Distrikte (vicus, villa) zusammenwohnte, mehrere Geschlechter zusammen aber eine Hundertschaft (centena) als eine Einheit höherer Ordnung bildeten [2]), worauf denn auch wieder mehrere Hundertschaften zu einer civitas (mehr Staatenbund, als Staat) vereinigt sein konnten [3]). Im Wesen des Geschlechterstaates lag es aber, daß das politische Bewußtsein mit der Erweiterung des Umkreises der Verbindungen abnehmen, also innerhalb der engsten Verbände am lebhaftesten, dagegen innerhalb der weitesten am schwächsten sein mußte [4]). Dieser Zustand erhellt aus den Berichten Cäsars, gemäß denen theils die Volksgemeinde (civitas) auf die Angelegenheiten der einzelnen Hundertschaften keinen Einfluß ausübte, theils die Vorsteher der kleineren oder größeren Verbände noch alle öffentlichen Aemter, Feldherrn-, Richter- und Priesterwürde in sich vereinigten [5]). Diese Vorsteher (principes) als die Aeltesten bekleideten ein Amt, das zugleich als eine ebenso an Geburt, wie an Wahl gebundene Würde erscheint und nebst der möglichst nahen Verwandtschaft mit den Aeltesten als die Quelle des germanischen Adels erscheint, der übrigens mit dem Adel nach späteren Begriffen so gut als nichts gemein hat, da ihm

---

1) Caesar de bell. Gall. IV. 1. VI. 22. Tac. Germ. 7. 26. vgl. Gerlach Tac. Germania Abth. II. H. 1. S. 83 ff. Montag Gesch. d. deutsch. Landwirthschaft. I. Wilda S. 120 ff. v. Sybel S. 15—32. Dahlmann Gesch. v. Dänemark I. S. 132 ff. Gaupp d. germ. Ansiedelungen. S. 50 ff.

2) Guérard Essai sur le syst. des divisions territoriales de la Gaule p. 54. etc. Lappenberg Gesch. v England I. S. 584. Dahlmann Gesch. v. Dänemark I. S. 145. II. S. 294. Waitz I. S. 32—37. Wilda S. 127. v. Sybel S. 37—39.

3) Hie und da waren vielleicht auch die civitates wieder in Gaue (pagi) getheilt, die dann zunächst die höheren Einheiten für mehrere Hundertschaften bildeten. Die pagi bei Tacit. sind aber jedenfalls nur = Hundertschaften. vgl. Weiske a. a. O. S. 12 ff. v. Sybel S. 37. Wilda S. 128. Waitz I. S. 47 ff. 106—110.

4) Beda Histor. eccl. V, 10. Hucbald Vita S. Lebuini bei Pertz Mon. II. p. 361. v. Sybel S. 61—64. Waitz I. S. 53—60. 103—106.

5) Caesar VI. 8. 22. 23. Tac. Germ. 12. vgl. Eichhorn § 14. b. not. g. v. Sybel S. 49—53. 64. Waitz I. S. 114—120.

vor Allem die strenge Abgeschlossenheit gegen die andern Stände fehlte [1]). Wie sehr jedoch auch die Ordnung des Gemeinwesens nach dem Muster der Familie gebildet sein mochte, so erscheint doch diese Nachformung keineswegs als eine unmittelbare Fortsetzung eines an sich bloß moralischen Verhältnisses [2]). Namentlich hat die Macht der Vorstände nichts mit einer bloßen Erweiterung der väterlichen Gewalt gemein. Vielmehr ist das Grundprincip der Verfassung durchaus republikanisch. Insbesondere hing die Erledigung aller wichtigeren Verwaltungsgeschäfte, nachdem sie von den Aeltesten vorberathen waren, von der Gemeinde ab [3]). Ebenso erscheinen die Aeltesten als bloße Leiter der Gerichte, während der Bann von der Gemeinde ausging [4]). Namentlich gilt dieß auch von den gerichtlichen Funktionen der Aeltesten als Priester bei der Volksgemeinde und beim Heere; sie erscheinen hierin nur als Organe der Gemeinde [5]). Ueberall erscheinen die Aeltesten weder als militärische [6]), noch als theokratische [7]) Herrscher, weder als Patriarchen, noch als Grundherrn [8]), sondern als republikanische Beamte.

Eine größere Verfestung des Staatbewußtseins zeigt sich in den Berichten des Tacitus. Während zu Cäsars Zeit die Hundertschaften nur außerordentlicher Weise in Kriegszeiten zu einer höheren Einheit verbunden erscheinen, so zeigt sich bei jenem auch im Frieden

---

1) s. verschiedene Ansichten bei v. Savigny Beiträge z. R.G. des Adels. Eichhorn § 14 b. Löbell Gregor v. Tours. S. 502 ff. Wilda in d. krit. Jahrb. 1837. H. 4. Strafr. d. Germ. S. 96 ff. Grimm R.A. S. 265. H. Müller lex Sal. S. 173 ff. Unger altdeutsche Ger.Verf. S. 21. 106. K. Maurer Ueb. d. Wesen d. ältesten Adels, S. 4—19. Waitz I. S. 65—154. v. Sybel S. 80—96. Phillips D. G. I. S. 111 ff. Gaupp Ges. der Thüringer S. 405 ff. Pertz Gesch. d. merowing. Hausmeier S. 117 ff. Göhrum Ebenbürtigkeit I. S. 8—20. Sternberg S. 21—24. 37—43.

2) v. Sybel S. 53—59.

3) Tac. Germ. 11. Waitz I. S. 110. 111.

4) Eichhorn § 14. a. 26. 75. v. Sybel S. 73—77. u. v. Woringen, Richthofen, Unger ib. cit. vgl. v. Savigny Gesch. d. R.R. im M.A. I. S. 256 ff. Waitz I. S. 111—114. Pardessus loi Salique p. 576.

5) Caes. VI. 23. Tac. Germ. 7. 11. 12. Waitz I. S. 114—116. v. Sybel S. 79. 80.

6) Beda Hist. eccl. V, 10. Hucbald Vit. S. Leb. bei Pertz Mon. II. p. 361. Gaupp Recht u. Verf. der alten Sachsen. S. 20 ff.

7) vgl. Phillips D. G. I. S. 111. Eichhorn § 14 b. vgl. Leo Gesch. v. Ital. I. S. 59. Grimm R.A. S. 270.

8) Leo Komment. z. d. Rectitudines. vgl. v. Sybel S. 56—58.

eine festere Organisation der vereinigten Volksgemeinde mit dem Rathe der Hundertschaftsvorsteher, besonders in Beziehung auf Gottesdienst und Gerichtswesen [1]). Zugleich sieht man die ursprünlich vereinigten Funktionen der Aeltesten (als Priester, Heerführer und Richter) mehr und mehr auseinander treten [2]). Endlich erwähnt Tacitus wenigstens bei einigen Völkerschaften auch ein Königthum [3]). Abgesehen jedoch von Fällen, wo eben nur die principes als Könige bezeichnet werden [4]) (eine vorübergehende Hegemonie scheint die Veranlassung zu sein) [5]), ist auch das wirkliche Oberkönigthum mit erblicher Dauer der Würde nicht als ein Abbruch von der sonst von Tacitus geschilderten, republikanischen Verfassung anzusehen. Es ist nur eine höhere Potenz der Stellung des Aeltesten in einer Hundertschaft [6]); und gemäß der innersten Natur der Geschlechtsverfassung sieht man es ebenso leicht wieder verschwinden [7]), als entstehen; in keinem Falle hat es mit dem Gefolgewesen Zusammenhang [8]). Nur in Ausnahmsfällen tritt schon vor der Völkerwanderung ein die herkömmliche Verfassung durchbrechendes Königthum in Form der Diktatur auf [9]), und nur dieses mochte das Institut der Gefolgschaft zum Vehikel seiner Macht gebrauchen.

So gewiß nun dieses Gemeinwesen nicht ohne politische Anlage war, so war doch jedenfalls der Geschlechterstaat noch ein sehr un-

1) Tac. Germ. 11—13. v. Sybel S. 64—66.

2) Tac. Germ. 7. 10. Waitz I. S. 101—103. 114—118. 125. v. Sybel S. 66—80.

3) Tac. Germ. 7. 25. 42—44. Verschiedene Ansichten s. bei Eichhorn § 17. Grimm R.A. S. 231 ff. R. Schmid Gesch. d. Angels. p. LXX sq. H. Müller lex Sal. S. 179 ff. Phillips D.G. I. S. 419 ff. Barth Urgesch. Deutschl. IV. S. 238 ff. Zöpfl D. St. u. R.G. II. 2 § 32. Gaupp Ansiedlungen S. 100—115. Löbell S. 514 ff. Waitz I. S. 109. 110. 155—177. v. Sybel S. 96 ff.

4) Tac. Ann. XI, 16. j. II, 7. 11. 25. 88. XIII, 54. Ammian XVI, 12. 44. XXX, 3. 7. Liban Epitaph. in Jul. Opp. ed. Reiske. I. p. 549. Greg. Tur. II, 9 sq.

5) v. Sybel S. 116—129. vgl Wilda Strafr. S. 130—132.

6) vgl. Kolderup-Rosenvinge Dän. R.G. 2. Ausg. § 50. Geijer schwed. Gesch. I. S. 99. Dahlmann Dän. Gesch. I. S. 171. v. Sybel S. 129—143. vgl. Waitz I. S. 165—177. II. S. 15.

7) Beim Verschwinden der röm. Kriegsgefahr.

8) s. zwar Eichhorn § 17. Phillips D.G. I. S. 392 ff. R. Schmid Gesch. d. Angels. p. LXXII. Dag. Leo Univ.Gesch. II. S. 7. Löbell S. 510 ff. Waitz I. S. 142 ff. II. S. XVIII. v. Sybel S. 144—151. vgl. v. Löw Gesch. d. deutsch. Reichsverf. S. 29—32.

9) v. Sybel S. 151—156.

vollkommener [1]). Er war es in seinem Prinzip, sofern die Idee des Staats in der privatrechtlichen Form der Familie auftrat, mithin eine reine Entwicklung des öffentlichen Rechts unmöglich wurde. Er war es in seiner Ausführung, sofern eben um der Unzulänglichkeit des Princips willen theils das Moment der Einheit immer nur in den engsten Kreisen wirksam sein konnte, nach oben dagegen immer schwächer werden mußte, theils mehrere der wichtigsten Seiten des politischen Lebens gar nicht zur Entwicklung gelangen konnten. Namentlich war dieß der Fall mit dem Verhältniß des Gemeinwesens zu der einzelnen Persönlichkeit, welche als solche in jenem Staate gar nicht vertreten war [2]), sondern nur als Mitglied der Familie und des Geschlechts Bedeutung hatte. Diese politische Bedeutung der Familie [3]), dieser Mangel an einer wahrhaft herrschenden Centralgewalt, diese Unfähigkeit, das Wesen und Recht der Persönlichkeit aufzufassen, und die eben damit gesetzte Herausforderung des Individuums zu unbändigem Trotze [4]) bilden die Grundlage für die älteste Gestaltung des germanischen Strafrechts.

Für erwiesen darf angesehen werden, daß es an einer Strafgewalt und Strafgerichtsbarkeit bei den Germanen nicht fehlte, daß namentlich ihre Volksgerichte nicht bloße Vermittlungsbehörden waren [5]). Der Beweis dafür, den man niemals hätte mißachten sollen, liegt in

---

1) vgl. die jetzt freilich veraltete Darstellung bei Henke Gesch. d. deutsch. Strafe I. S. 1—12. 99. 100.

2) Bei der mannitio (vgl. Maurer Altdeutsch. Ger.Verf. S. 39 ff. v. Woringen, Beiträge z. Gesch. d. deutsch. Strafr. S. 134 ff. Wilda S. 143—145) und analogen Befugnissen der Einzelnen, wie sie Wilda a. a. O. u. S. 133—136 anführt, steht eben der Einzelne nicht für sich, sondern hinter ihm steht sein Geschlecht.

3) „Staatsunmittelbarkeit" der Familie. Wilda S. 122. s. besonders v. Sybel S. 142. 143. Anm. Waitz I. S. 42—46. 200—223.

4) Dieß ist der richtige Kern in der freilich höchst übertriebenen Darstellung Rogge's, auf den man neuerdings zu hoch herabgesehen hat. s. z. B. Waitz I. S. 184. not. 3. vgl. übrigens v. Woringen Beiträge S. 25 ff. und besonders Wilda S. 116 ff., 146 ff., der nur leider ganz verschiedene Dinge untereinander mengt, und dadurch der eigenen Darstellung ebensosehr schadet, als er der fremden Unrecht thut. s. ferner v. Sybel S. 59—61. Wächter Beitr. z. deutsch. Gesch. S. 247—253. Barth Urgesch. IV. S. 302 ff. Gropp Heidelb. Jahrb. 1825. S. 642 ff.

5) Rogge Gerichtswesen der Germ. S. 24. vgl. Wilda S. 198 bis 206. Unger Altdeutsche Ger.Verf. S. 27. 28. 96—106. Jarcke Handb. I. S. 13. n. 8.

dem Bericht von Tacitus [1]), gesetzt auch, daß man annehmen müßte, er habe in einzelnen Modalitäten den germanischen Kern nicht getroffen. Er spricht von öffentlichen Strafen für einige Fälle und von Buße für die übrigen. Für jene gibt er auf's Entschiedenste die Volksgemeinde als erkennende Behörde an; hinsichtlich der Buße spricht er wenigstens bestimmt aus, daß ein Theil derselben an die Gemeinde oder den König gefallen sei [2]).

Allein so willkürlich auch die Aufstellung eines förmlichen Fehde- oder Privatkriegsrechtes in dem Sinne [3]) ist, daß es ganz in der Wahl des Verletzers gestanden hätte, ob er Buße zahlen oder den Ankläger befehden wollte, so unrichtig ist doch auch die Behauptung [4]), daß der Verletzer unter allen Umständen durch Anerbieten einer Buße die Rache des Verletzten von sich habe abwenden können. Ueberhaupt aber vermag man gerade auf den Grund der skandinavischen Rechtsquellen, aus welchen der Bericht des Tacitus zu ergänzen und allein ein deutlicheres Bild des ältesten germanischen Strafrechts zu gewinnen ist [5]), nicht in Abrede zu stellen, daß, wenn auch schon mannigfach beschränkt, vom Gesetze anerkannt und aufgenommen, die Rache bei den Germanen Raum gehabt habe [6]). Namentlich muß das häufige Vorkommen der Blutrache, wenn sie auch keineswegs ohne Beschränkung war, eingeräumt werden [7]). Allerdings darf man die faktisch massenhaft vorkommenden Fehden nicht mit einem gesetzlich gestatteten Fehderechte verwechseln [8]), und die Fälle außergerichtlicher Beilegung aus Rechtsverletzungen ent-

---

1) Tac. Germ. 12. 21. vgl. Wilda S. 153—155. 184—195. Waitz I. S. 188—197.

2) Sehr unklar ist hierin noch v. Woringen Beitr. S. 27. not. 11. S. 65 ff. S. 70. 90. 103 ff. 123.

3) Dieß ist die Meinung Rogge's. Dagegen s. schon Eichhorn § 18. 76.

4) Bei Jarcke Handb. I. S. 13 ff. Dag. bes. Wächter a. a. O. u. genauer Sachße Grundlagen d. deutsch. Staats- u. Rechtslebens S. 318—321.

5) Dieß gezeigt zu haben, ist Wilda's unvergängliches Verdienst. vgl. noch Budde über Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit &c. S. 159 f. Hillebrand über d. gänzliche u. theilw. Entziehung d. Ehre nach d. deutsch. Rbüchern d. M.A. S. 2 ff.

6) Wilda S. 156—169. Waitz I. S. 192. 196. Ders. Recht d. sal. Franken S. 185—187. vgl. Grimm R.A. S. 648. n. Pardessus Loi Salique S. 651—664.

7) Wilda S. 169—184. Gans Erbrecht IV. S. 506.

8) Wilda S. 185—190.

standener Händel nicht mit denen der gerichtlichen Erledigung vermengen [1]). Allein gerade aus den nordischen Rechtsquellen geht auf's Bestimmteste hervor, daß sie die Rache gestatteten [2]), daß sie zu den Rachefällen sogar geringe Körperverletzungen, ja bloße Bedrohungen zählen, ja daß die Rache geradezu als die Grundlage des gesammten germanischen Strafrechts erscheint [3]), und zwar in einer Mächtigkeit, womit die beschränkte ähnliche Erscheinung im ältesten römischen Strafrecht sich gar nicht vergleichen läßt. Allerdings ist weder die Rache, soweit sie gestattet ist, bloße Sache der Willkühr [4]), noch tritt das Gericht bei der Klage auf die Buße bloß vermittelnd auf [5]). Sondern die Rache muß entweder durch vorgängige Friedenskündigung von Seiten des Gerichts gerechtfertigt sein oder sie muß, wenn sie dem Urtheil voranging, hinterher vor dem Gerichte gerechtfertigt werden [6]). Bei der Buße aber kommt gleichfalls ein förmlicher Richterspruch vor, der die Bedeutung hat, den Thäter in den Frieden wieder einzusetzen [7]). Auch zeigt sich der Staat sonst wirksam, theils bei der Friedloslegung, indem Vermögenskonfiskation verhängt und ein Theil des Vermögens für die Gemeinde eingezogen, über den Thäter der bürgerliche Tod ausgesprochen wird ꝛc. [8]) — theils bei der Bußzahlung, indem ein Friedensgeld eben für den Bruch des Gemeindefriedens auferlegt wird [9]). Aber charakteristisch ist eben hiebei die sekundäre Stellung des Staats, die Berechtigung der Privatgewalt, die Beziehung auch der Buße auf die Befriedigung des Verletzten [10]).

Gleichwohl darf das Verbrechen und die Reaction dagegen nicht als eine Privatsache [11]) angesehen werden, wobei nur im Noth-

1) Wilda S. 197—210.

2) s. die Stellen aus der Graugans bei Wilda S. 160. 161.

3) Wilda S. 164. Waitz I. S. 196. 197. vgl. Wächter a. a. O. S. 249—253. Einräumungen, wie sie Wilda S. 387 macht, erscheinen übrigens nicht als geboten.

4) Wilda S. 305—313.

5) Wilda S. 197. 209. Waitz I. S. 195. Ders. d. alte R. d. sal. Franken S. 188.

6) Wilda S. 160—166. 168. 305—313.

7) Wilda S. 266. 319.

8) Wilda S. 281—296.

9) Wilda S. 438 ff.

10) Satisfactio bei Tac. Germ. 21. Wilda S. 315. Grimm R.A. S. 649.

11) Daher war auch die Rache auf die Fälle absichtlicher Verletzung be-

falle der Staat sich ins Mittel gelegt hätte. Der Friede ist nicht bloß ein Verhältniß zwischen den Einzelnen und wird nicht gegen den verletzten Einzelnen als solchen gebrochen [1]). Es konnte zwar durch Gelöbniß oder einen Akt der Gerichtsbarkeit ein besondrer Friede zwischen einzelnen Personen errichtet werden. Aber dieser erscheint dann nur als eine Verstärkung oder Erweiterung des allgemeinen Friedens, dessen Subjekt nicht der Einzelne, sondern die Gemeinde ist [2]). Gegen diese wird daher der Friede gebrochen, nicht nur durch Verbrechen, die unmittelbar gegen sie gerichtet sind, sondern auch durch Verbrechen gegen ihre Mitglieder, die eben durch ihre Angehörigkeit an die Gemeinde die Sicherheit und Unverletzlichkeit ihrer Person und Habe gewährleistet erhalten, im Frieden [3]) sind. Es genügt mithin nicht an der Voraussetzung eines lockern Staatsverbands und einer großen Freiheit und Ungebundenheit der Einzelnen [4]). In jener ältesten germanischen Verfassung ist überall nicht von einem Verhältnisse des Gemeinwesens zu dem Einzelnen als solchem die Rede. Zwischen beiden steht vielmehr das Geschlecht.

Auch solche, welche von dem Princip der Geschlechtsverfassung nichts wissen wollen [5]), räumen wenigstens der Familie bei den Germanen Rechte und Pflichten ein, wie sie bei keinem andern Volke bestanden hätten [6]). Sie hatte die Pflicht, den erschlagenen Verwandten mittelst Blutrache oder gerichtlicher Klage zu rächen [7]), mag nun diese Pflicht mit dem Erbrechte in Kausalverbindung gestanden haben oder nur aus dem gleichen Prinzip mit ihm geflossen sein [8]). Sie vertrat aber auch ihre Mitglieder sowohl der Gemeinde, als Einzelnen gegenüber. Sie vertheidigte sie vor Gericht und

---

schränkt. vgl. L. Sax. XII. 5. XIII. L. Rothar. c. 75. 138. Wächter a. a. O. S. 45.

1) Diese irrige Auffassung findet sich bei Wächter a. a. O. S. 42.

2) Wilda S. 224—233. Stein Gesch. d. franz. Strafr. S. 161.

3) Wilda S. 264 ff. Waitz I. S. 186—188.

4) vgl. Wächter a. a. O.

5) Wenn sie ihm auch im Einzelnen Zugeständnisse genug machen, wie Waitz I. S. 217—223. vgl. S. 201—216.

6) vgl. bes. Paulsen de antiqui populorum juris heredit. nexu cum eorum statu civ. S. I. 1822. Kraut Vormundschaft. Beseler Erbverträge.

7) Tac. Germ. 20. 21. Lex. Angl. et Werin. VI, 5. L. Fris. II. 2.

8) Eichhorn § 19. vgl. Phillips D.G. I. S. 199. Beseler a. a. O. S. 49. Waitz I. S. 203. 204. Wilda S. 171—174. 212 ff. Einige, wie Kraut und Unger, wissen auch von eigenen Familiengerichten zu erzählen.

haftete für sie, wenn sie gefrevelt hatten [1]). Daher wurden die Eidhelfer aus der Familie genommen [2]). Diese haftete für das Wergeld [3]), wie sie andrerseits das Recht auf das Wergeld hatte, das für ein erschlagenes Mitglied gezahlt werden mußte [4]).

Man hat nun wohl diese Magenbürgschaft, welche bei allen germanischen Stämmen bei größerer Festigkeit des Staatsverbandes früher oder später mehr und mehr beschränkt wurde und endlich ganz abkam [5]), als eine erst später aus Zweckmäßigkeitsgründen aus der Sitte in die Gesetzgebung aufgenommene Maßregel darstellen wollen [6]). Abgesehen jedoch von den Widersprüchen, die dadurch gegen die angenommene Gesammtansicht über das germanische Strafrecht entstehen [7]), ist jene Ansicht eine offenbar unnatürliche, nur durch die Furcht vor dem leisesten Scheine einer Anerkennung des Fehderechts [8]) eingegebene. Auch solche, welche sich nicht dazu entschließen können, das durchschlagende Princip anzuerkennen, geben doch unumwunden zu, daß das Haften der Familie als das Ursprüngliche angenommen werden müsse [9]), das eben, je mehr die

1) Sie war ursprünglich zur Theilnahme an der Fehde verpflichtet. A.M. Waitz I. S. 209. s. Rogge S. 6. 144. Unger S. 7. 27. Mein Wendepunkt &c. S. 223. not. 4.

2) Rogge S. 141 ff. Waitz I. S. 210—212. Stein a. a. O. S. 215. Kraut S. 28 n. 3. Kolderup-Rosenvinge de usu juramenti S. II. p. 1 sq.

3) R. Schmid in Hermes XXXII. S. 247 ff. vgl. Wilda S. 366 bis 398. Grimm R.A. S. 662. 663.

4) Paulsen l. c. p. 22. Wilda S. 373. Waitz I. S. 213. 214. Sachße Grundlagen &c. § 15. (S. 315.) not. 8. 9. Pardessus loi Sal. S. 662. 663 Sternberg S. 26. 27.

5) Stellen aus nordischen Rechtsquellen s. bei Wilda S. 372—385. K. Edmunds Ges. II. c. 1. vgl. mit Ine's Ges. c. 74. § 2. Aelfred c. 27. Aethelred VI. § 18. L. Sal. (ed. Waitz) tit. 58. 60. mit der Bem. in der Herold. L. Sax. II. 6. Neue Rüstringer Küren n. 3. bei v. Richthofen S. 116. L. Angl. et Wer. VI, 5. L. Rothar. c. 162. L. Burg. II, 6. s. auch noch Edwards Ges. II. 5. 8. Aethelstans II. 1. 2. L. Henrici LXXV. 10.

6) Wilda S. 366—398.

7) s. Wilda selbst S. 387. Waitz I. S. 212. n. 3. 4 S. 214. n. 1. 3.

8) s. übrigens die o. a. Stellen aus dem angels. Recht u. d. l. Sax. vgl. Gaupp Recht d. alt. Sachsen S. 116—119. Wenn sich auch Waitz wiederholt gegen die Einheit der Eidhelfer mit den Fehdegenossen &c. wehrt, so vergißt er, was er selbst I. S. 196. n. 1. ganz richtig gegen Wilda bemerkt hat. s. auch Wächter a. a. O. S. 251.

9) Waitz I. S. 214. n. 3. vgl. S. 226—232. R. Schmid a. a. O. S. 256 ff.

germanischen Stämme in das Licht der Geschichte hervortreten, mehr und mehr verschwindet. Ebenso dringen sie mit Recht darauf, daß der Grund jener ganzen Magenbürgschaft in der germanischen Auffassung des Wesens der Familie selbst gesucht werden müsse. „Was einer frevelte, das büßten sie alle." Wenn dabei bemerkt wird, konsequenter Weise hätte sich das Band der Familie in allen Fällen gleichmäßig thätig erweisen müssen, es sei jedoch kein Zweifel, daß die Magenbürgschaft nur auf Tödtungsfälle beschränkt gewesen sei [1]), so ist ersteres allerdings ganz begründet, letzteres dagegen keineswegs so unzweifelhaft [2]), wiewohl die Dürftigkeit der Quellen nicht weiter zu gehen gestattet.

Dieses ganze Institut der Verwandtenbürgschaft hat nun aber als rechtliches offenbar nur Sinn unter Voraussetzung des Prinzips der Geschlechtsverfassung [3]). Rechte und Pflichten der Familie in dem Umfang und Zusammenhang, wie er als Grundlage jenes Instituts gedacht werden muß, sind nur erklärlich, wenn die Familie die Stelle des Staats vertreten, d. h. der Staat die Form der Familie angenommen hat, was eben nur in der Form des Geschlechterstaats möglich ist. Dieser innere Grund müßte entscheiden, wenn es auch an äußern fehlte [4]). Jenes Institut, dessen Mächtigkeit nur noch aus seinen Trümmern ersichtlich ist, zeigt auf's Klarste, daß die wahren Subjekte des altgermanischen Staats nicht die Individuen, sondern die Familien, d. h. ihre nach dem Muster der Familie geformten Genossenschaften waren [5]). Wie der Staat das Grundeigenthum nicht jenen, sondern nur diesen übertrug, so forderte er auch von diesen die Bürgschaft für den innern Frieden.

1) Waitz I. S. 212—214. vgl. Wilda S. 370. Grimm R.A. S. 662.

2) s. dagegen 17 Volksküren d. Friesen Nr. 15 bei v. Richthofen S. 24. vgl. Wilda S. 396. u. was Waitz I. S. 214. n. 2 über die Eidhelfer bemerkt.

3) Eichhorn Anm. zu § 18. v. Sybel S. 20—32. 82.

4) Diese äußeren Gründe liefert nicht etwa blos v. Sybel a. a. O., sondern auch Waitz, obwohl dieser das letzte, alleserklärende Wort stets auf der Zunge behält, oder auch ärgerlich hinter den Lippen verschließt.

5) s. bes. d. Ed. Chilperici (561. 584) bei Pertz II. p. 10. Aelfreds Ges. c. 27. die Titel der l. Sal. de chrenecruda und de migrantibus, und L. Wisigoth. VI, 1. 8. vgl. übrigens Waitz d. alt. Recht d. sal. Franken. S. 126—134. 203—214. und wieder dens. S. 44—92, wo im Wesentlichen alle Prämissen der von ihm bekämpften Ansicht eingeräumt sind. vgl. Grimm Vorrede z. Ausg. d. l. Sal. v. Merkel p. LXVIII.

Wie sich das Erbrecht der Gentilen an das der natürlichen Verwandten anschloß, so auch ihr Recht auf das Wergeld, und ebenso ihre Pflicht, für den frevelnden Geschlechtsgenossen zu haften, welche Verpflichtung freilich in ihrem Umfang nicht mehr genau umschrieben werden kann [1]). Gewiß ist nur soviel, daß diese Haftpflicht nicht über den Kreis der Gentilen hinausging, daß sie aber viel weiter sich erstreckte, als die Verpflichtung der angelsächsischen Friborge, woraus man irrige Rückschlüsse auf die älteste Zeit machen zu dürfen glaubte [2]). Letztere nämlich war durch die Auslieferung des Verbrechers an das Gericht zu beseitigen, während die Magen- und Gentilenbürgschaft die gänzliche oder theilweise Haftung für die That selbst in sich schloß. Zugleich ist klar, wie durch diese Haftungspflicht das Institut der Friedlosigkeit nothwendig bedingt war. Wenn durch Verbrechen das Geschlecht des Thäters dem Geschlechte des Verletzten und weiterhin dem ganzen Gemeinwesen verantwortlich wurde, so mußte auch die Befugniß bestehen, den Verbrecher aus dem Geschlechts- und weiterhin aus dem ganzen Staatsverbande auszustoßen, ihm den Frieden zu nehmen. Hierin lag nämlich ein Doppeltes. Der Thäter wurde dadurch der Rache der verletzten, engeren oder weiteren Genossenschaft preisgegeben [3]). Zugleich wurde aber das Geschlecht des Thäters vor dieser Rache rechtlich sicher gestellt [4]), vorausgesetzt natürlich, daß nicht die Genossen durch Verweigerung der Leistung ihrer Haftungspflicht die Schuld des Verbrechers über sich selbst nahmen [5]). Daß sie verpflichtet

---

1) v. Sybel S. 33.

2) s. **Feuerbach** de univers. fidejussione etc. Wilda S. 68—73. Waitz I. S. 225—274. v. Sybel S. 33—41. Ders. in Schmidts Zeitschr. f. Gesch. III. S. 239 ff. Mein Wendepunkt ꝛc. S. 330 ff. vgl. Unger altdeutsche Ger.Verf. S. 34 ff. Lappenberg Gesch. von England I. S. 334. 588—590. R. Schmid in Hermes XXXII. S. 231 ff. **Palgrave the rise and progress of the english commonwealth I. p. 191—204, II. p. CXX—CXXVI.** Maurer die Freipflege, München 1848. Eichhorn Ztschr. f. gesch. R.W. I. S. 172 ff. Rogge S. 25. Woringen, Weiske a. a. O. ꝛc. Gengler Grundr. d. deutsch. R.G. S. 368. 369. n. 20. Schaumann Gesch. d. niedersächs. Volks. S. 60—64.

3) L. Fris. II. 2. 3. 5. L. Sal. 55, 2 (ed. Waitz). vgl. Wilda S. 281—288.

4) Faktisch war dieß wohl freilich oft genug nicht der Fall. Wilda S. 371. 387. s. aber bes. K. Edmunds Ges. II. 1. § 3.

5) Waitz I. S. 214. vgl. Jüt. L. II. 28. K. Eriks Siel. V, 20. Hiedurch fallen die künstlichen Suppositionen Wilda's von selbst weg.

gewesen wären, diesem in der Fehde beizustehen, ist eine Chimäre [1]); nur wenn sie sich weigerten, in Form des Rechts für ihn aufzukommen, waren sie selbst faidosi [2]). Den eben angegebenen Zusammenhang hat man sich in der Regel nicht genug deutlich gemacht.

Aus dem bisher Angeführten folgt nun, daß die Meinung, als hätten die Germanen nur einige wenige, schwere Delikte als wahre Friedensbrüche (Verbrechen), alle übrigen dagegen bloß als Civilunrecht angesehen [3]), schon um des Prinzips der germanischen Verfassung willen nicht richtig sein kann, wenn sie auch nicht sonst zu widerlegen wäre [4]). Zwar ist der Ausdruck: Friedensbruch, ein in mehrfachem Sinne schwankender [5]), sofern er im Gefolge späterer Entwicklungen sich mannigfach modifizirte. Allein, wenn man auch schon für die älteste skandinavische Zeit den Unterschied von „Friedensbrüchen und Rechtsbrüchen" [6]) zugeben muß, so ist doch soviel gewiß, daß auch diese Rechtsbrüche, d. h. welche nicht Friedlosigkeit unmittelbar nach sich zogen, gleichwohl als Friedensbrüche im w. S. aufgefaßt wurden, sofern sie zugleich gegen die Gemeinde gebüßt werden mußten [7]). Allerdings hatten sie zugleich einen privatrechtlichen Charakter, indem „die Bußforderung (an den Thäter) einer gewöhnlichen Schuldforderung nahe stand," und eben damit hängt auch das Andere zusammen, daß das germanische Strafrecht auch solche Handlungen sich zueignete, die heutzutage als bloßes Civilunrecht behandelt werden (z. B. Weigerung der Zahlung einer anerkannten Schuld rc.) [8]). Man muß also jener falschen Ansicht vielmehr die umgekehrte Behauptung entgegenstellen, daß das germanische Recht die Grenzen des Strafrechts sogar zu

1) Waitz I. S. 208—210. Umgekehrt verhielt es sich mit dem Geschlechte des Verletzten. Tac. Germ. 21.

2) L. Sax. II, 5. L. Fris. II. 2. 3. 5. 6. 7. L. Roth. c. 74. 162. 334. L. Edov. Conf. c. 12. § 8. Wilda S. 192. 193. Waitz I. S. 214.

3) Eichhorn s. noch 5. Ausg. I. S. 395. n. f.

4) v. Woringen Beitr. S. 101 ff. Wilda S. 264 ff. s. übr. gegen die schwankende Darstellung des Ersteren Waitz I. S. 191. n. 4. S. 194. n. 1.

5) s. Wilda S. 264—277, wo Präcision sehr zu vermissen ist.

6) s. Wilda S. 269, der sich hier zu ganz falschen Analogieen mit ganz anderen und späteren Entwicklungen, — selbst noch i. J. 1620 verleiten läßt.

7) Graugans bei Wilda S. 266. n. 2. K. Aethelr. Ges. II, 1. 22. VI, 1. § 1. 2. Knuts Ges. I. c. 61. L. Henr. c. 12. Wilda S. 265—268. vgl. Tac. Germ. 12.

8) Wilda S. 196.

weit gezogen habe [1]). Beides erklärt sich aber einfach aus der Natur des altgermanischen Staates.

Gemäß dieser mußte es zwei Klassen von Verbrechen geben, Verbrechen gegen das Eine Gemeinwesen, das alle Geschlechter umfaßte, und Verbrechen gegen die einzelnen Mitglieder der Geschlechter. Die letzteren eben sind das Eigenthümliche, sofern der Einzelne hier nicht sowohl als solcher, sondern als Mitglied des Geschlechts für verletzt gilt, andrerseits aber das Unverletztsein des Geschlechts die Unverletzlichkeit seiner Mitglieder zur Voraussetzung hat [2]). Hierin liegt der Grund der halbprivatrechtlichen Auffassung des Verbrechens und andrerseits wieder des Uebergriffs dieses Begriffs in den Kreis des Privatrechts. Jedenfalls ist es bezeichnend für das germanische Recht gegenüber dem römischen, daß es schon von Anfang an in jedem Verbrechen zugleich die Verletzung eines Allgemeinen gesehen und gewürdigt, den Gedanken eines bloßen Privatdelikts nie zugelassen hat [3]).

Daß es gleichwohl die reine Idee des Verbrechens nicht hatte, liegt in dem Angeführten, vorerst wenigstens hinsichtlich aller sogen. Privatverbrechen. Unzweifelhaft ergiebt sich dieß aus der Art und Weise der Reaction gegen das, was man unmittelbar oder mittelbar als Friedensbruch betrachtete.

Geht man auf die nordischen Rechtsquellen [4]) zurück, so war die einfache Folge fast aller Friedensbrüche die Friedlosigkeit. Zu den bloßen Rechtsbrüchen gehörten nur leichtere Körperverletzungen, Wortbeleidigungen, Eigenthumsverletzungen u. dgl. Ihre Folgen [5]) bestanden darin, daß der Friedlose bußlos von Jedermann erschlagen werden konnte, daher auch Niemand ihm offenen oder heimlichen Schutz gewähren durfte, — daß sein Vermögen eingezogen wurde, — daß er bürgerlichen Tod erlitt, — daß endlich seine Spur und sein Andenken aus der Gemeinde vertilgt wurde. Indessen trat sie

1) Es ist dieß nicht das einzige Beispiel für die Art des deutschen Geistes, mit dem Gedanken über die Grenze zu schießen und hinterher in der Ausführung zurückzubleiben.

2) Stein Gesch. d. franz. Strafr. S. 160. 161.

3) Mein Wendepunkt rc. S. 160—162.

4) s. die erschöpfende Ausführung bei Wilda S. 278—313.

5) Analogieen kommen bei der Acht des englischen und deutschen Rechts mehrfach vor. s. Weiske's Rechtslex. v. Bann. **Perthes de proscriptione.** Göschen Goslar. Statuten S. 471—485. s. z. B. Ine's Ges. c. 30. Edwards Ges. II, 7. Knuts Ges. I. B. c. 12. § 1. Grimm R.A. S. 729.

nicht immer in ihrer vollen Strenge auf. Es gab gesetzliche Modificationen und förmliche Abstufungen, wornach sie bald den Werth der Todesstrafe, bald nur den einer bleibenden oder zeitlichen Verbannung hatte. Zugleich zeigen die nordischen Rechte eine fortgehende Beschränkung der Rachebefugniß [1]) auf der einen, und immer größere Ausdehnung der Klagberechtigung auf der andern Seite [2]). Erstere zeigt sich namentlich in der stets zunehmenden Einschränkung des Racherechts in Beziehung auf Zeit und Ort und Zahl der berechtigten Personen [3]), in der geforderten Rechtfertigung der vollstreckten Rache vor Gericht [4]), in dem Verbot der Rache vor dem Urtheil [5]), in der fortschreitenden Beschränkung der Zahl der Friedensbruchsfälle im e. S. und Erweiterung der Bußfälle [6]), endlich in der Entwicklung der Folgen der Friedlosigkeit zu besondern öffentlichen Strafen [7]).

Auf einen ungleich höhern Standpunkt wird das germanische Strafrecht durch den Bericht des Tacitus gestellt, der von öffentlichen Strafen spricht und diese auf's Bestimmteste von einer andern Form der Reaction gegen Verbrechen unterscheidet [8]). Tacitus nennt zwar nur einige wenige: Hängen für proditores und transfugae, im Sumpf versenken für ignavi, imbelles und corpore infames [9]), und eine eigenthümliche Strafe für den Ehebruch, die aber parentibus et maritis permissa war, daher nicht hieher gehört, endlich Rechtlosigkeit der Feigen im Kriege. Es ist indessen sehr wahrscheinlich [10]), daß er nur beispielsweise redet und selbst in ältester Zeit noch andere Strafen an Leben, Leib und Ehre vorkamen, nicht nur für Unfreie, sondern auch für Freie [11]). Dabei ist jedoch zu-

1) Wilda S. 160—166. 168.

2) Wilda S. 207—215. 220—223. vgl. Unger altdeutsche Ger.Verf. S. 103. 104. 143—146. Mein Wendepunkt S. 165. 166.

3) vgl. Ine's Ges. c. 21. 35. L. Ripuar. c. 77. Friedensschl. K. Edw. u. Guthruns c. 6. § 6. L. Rothar. c. 32. L. Wisig. III, 4, 1. 3. 9. 13. VI, 5, 12. 16.

4) vgl. Ine's Ges. und L. Rip. a. a. O.

5) Schon die älteren schwed. u. dän. Rechtsbücher enthalten nichts mehr darüber. Wilda S. 311. vgl. L. Fris. Add. I, 1. Knuts Ges. I. B. c. 79.

6) Wilda S. 273—276. vgl. 269. 270. 181—184. 316. 317. 320. 321.

7) Wilda S. 269. 284—304. 481. 495 ff.

8) Tac. Germ. 6. 12. 19. 21.

9) Sehr verschiedene Auffassungen s. bei Wilda S. 153—155. Waitz I. S. 188—191. Sachse Grundlagen rc. S. 338—340. Henke Gesch. des deutsch. Strafr. I. S. 4.

10) Wilda S. 498.

11) Reiches Material s. bei Dreyer Antiquar. Anm. üb. einige im mittl.

nächst zu bemerken, daß keineswegs alle Martern, welche von Sagen, Chronisten u. s. f. berichtet werden, als rechtlich übliche Strafarten genommen werden dürfen [1]). Schon dadurch schrumpft die Zahl der öffentlichen Strafen, die man auf die älteste Zeit zurückzuführen versucht sein möchte, sehr zusammen. Wichtiger ist aber das Bedenken, das sich bei der Vergleichung mit den nordischen Rechten erhebt [2]), ob nicht Tacitus dem germanischen Rechte einen diesem noch fremden, höheren Gesichtspunkt unterlegt habe, da es jedenfalls auffallen muß, daß er der Friedlosigkeit und der dadurch begründeten (Geschlechts=) Rache gar nicht erwähnt, während doch diese nicht allein die Grundlage des gesammten nordischen Strafrechts ganz entschieden ausmacht, sondern auch für das von Tacitus ausdrücklich bezeugte, deutsche Bußrecht die unentbehrliche Voraussetzung [3]) bildet. Will man nun nicht den Tacitus eines absoluten Mißverständnisses zeihen, so muß man annehmen, daß es mit dem strafrechtlichen Einschreiten der Gemeinde in verschiedenen, auch sonst bezeugten Formen seine Richtigkeit habe. Eine andere Frage aber ist, ob dieses Einschreiten im Sinne eines des wahren Wesens des Verbrechens und der Strafe mächtig gewordenen Gemeinwesens genommen werden dürfe? Dieß wird zu verneinen sein. Vor Allem steht hinsichtlich des germanischen Bußrechts die Treue des großen Geschichtschreibers glänzend gerechtfertigt da [4]). Selbst die Wurzel desselben in der Geschlechtsrache hat er nicht unbeachtet gelassen [5]). Nur der Zusammenhang der letzteren mit der Friedenskündigung seitens der richtenden Gemeinde ist ihm als Römer unverständlich, vielleicht auch in Beziehung auf das praktische Vorwiegen der Buße gleichgiltig gewesen. Nachdem er aber einmal hier den germanischen Nerv verfehlt hatte, war es nur natürlich, daß er in den Fällen,

---

Zeitalter in Deutschl. üblich gewesenen Lebens= 2c. Strafen, bes. aber Grimm R.A. S. 680—741. Wilda S. 495—524. vgl. S. 100. 101. und Gaupp R. d. alt. Sachsen S. 58. 130.

1) Wilda S. 499. ob. und bes. Grimm R.A. S. 739 unten.

2) s. auch Wilda S. 267. 268., der übrigens (s. S. 196. 498) hierüber nicht mit sich abgeschlossen zu haben scheint.

3) L. Sax. II, 5. 6. XII, 5. XIII. L. Fris. II, 2. 3. 5. 7. 9. L. Roth. c. 75. 138. 331. 389. Diese Seite der Sache hat Wilda nicht gehörig gewürdigt, weshalb er auch über den Bericht des Tacitus nicht in's Reine kommt.

4) Tac. Germ. 12.

5) ib. c. 21.

in welchen die verletzte Gemeinde selbst als Rächerin auftrat [1]), die Ausübung einer wahren, öffentlichen Strafgerichtsbarkeit im römischen Sinne sah, während wir uns eine solche Stufe höherer, politischer Bildung in jener Zeit noch nicht als erreicht [2]) denken dürfen, wenn wir auch andrerseits nach Analogie des nordischen Rechts den Uebergang von der Friedloserklärung zur Vollziehung wirklicher Strafen gerade bei den gegen die Gemeinde selbst begangenen Verbrechen uns als sehr leicht und einfach denken müssen [3]).

Wenn nun der Bericht des Tacitus auf solche Weise aus den nordischen Quellen ergänzt werden darf, so stellt sich das älteste deutsche Strafrecht als ein sehr einfaches System dar. Jede verbrecherische That ist ein Friedensbruch und macht dem Rechte nach friedlos [4]). Die Folge dieser Friedlosigkeit bei Verbrechen, die unmittelbar gegen das Gemeinwesen begangen werden, ist das, was bei Tacitus als öffentliche Strafe hervortritt [5]), bei andern die Preisgebung des Thäters an die Rache des verletzten Geschlechts, falls nicht der Verletzte oder seine rechtlichen Vertreter es vorziehen, auf Buße zu klagen [6]). Nach Tacitus scheinen hieher sämmtliche Privatverbrechen zu gehören [7]), während die nordischen Rechte auch

---

1) s. Wilda S. 196. 197. 267. 268. 280 u. sonst. s. bes. Capit. Sax. 797. c. 8. (P. I. p. 76.) Mein Wendepunkt 2c. S. 161. 162. Biener Abh. 2. S. 29. s. auch Sternberg S. 47—54, der das Meiste richtig erkennt, aber gerade den Hauptpunkt, die Rache des Geschlechts, ignorirt u. Tac. 12 offenbar irrig erklärt.

2) A.M. Stein Gesch. d. franz. Strafr. S. 160. 162. Henke I. S. 5. 7 spricht sogar schon vom Abschreckungsprincip.

3) Wilda S. 285. 495—498. vgl. S. 100. not. 4. und Knuts Ges. I. B. c. 61. I. A. c. 2. § 1. L. Henr. c. 79. § 4. Die oft wiederholte Berufung Wilda's auf das altsächsische Recht (S. 99—102. 496. 497. 892 2c.) hat um so weniger Gewicht, da es nahe liegt, anzunehmen, daß der ursprüngliche Begriff der fehdewürdigen (unsühnbaren) That bei der Abfassung der L. Sax. im Sinne der fränkischen Rechtsauffassung modifizirt worden sei. vgl. Wilda S. 101 n. 1. und die dort Angef. u. S. 103.

4) vgl. die ganz abweichende Darstellung von Schaumann Gesch. d. niedersächs. Volks S. 60—64. 172—178, die übrigens manche richtige Elemente enthält und eben nur den Hauptpunkt, die Einheit der auf dem Besitz und der auf dem Prinzip der Familie beruhenden Geschlechtsbürgschaft nicht einsieht.

5) vgl. L. Fris. Add. III., 12.

6) Pardessus loi Sal. S. 651 ff. Waitz R. d. sal. Franken. S. 185 ff. Grimm R.A. S. 646—648.

7) Er schildert einen Zustand, wie ihn die späteren Volksrechte darstellen. s. z. B. Lex Bajuvar. II., 1. § 3. 4.

unter diesen manche als unsühnbar auszeichnen [1]). Jedenfalls sind aber nur die Privatverbrechen abbüßbar, nicht die gegen das Gemeinwesen selbst begangenen. Wird nun auf Buße geklagt, so erkennt darüber die Gemeinde, und, wenn nun der Verurtheilte die Zahlung der Buße verweigert, so ist die Folge für ihn wieder Friedlosigkeit [2]), so daß er von jedem bußlos erschlagen werden kann, und dieselbe Folge trifft seine haftungspflichtigen Genossen, falls sie ihrer Pflicht nicht nachkommen.

Was nun die Buße betrifft, so nennt sie Tacitus theils mulcta (poena), theils satisfactio, ohne mit beiden Bezeichnungen etwas Verschiedenes ausdrücken zu wollen, da beide Stellen sich gegenseitig ergänzen [3]); zugleich erwähnt er die Theilung derselben zwischen dem Verletzten und der civitas. Hiemit bezeichnet er auf's Deutlichste ihre öffentliche und privatrechtliche Zwitternatur. Einen Unterschied zwischen konventioneller und gerichtlicher Buße spricht er nicht aus, läugnet ihn jedoch auch nicht geradezu. Wenn nun neuerdings gerade auf diesen Unterschied besonders Gewicht gelegt [4]) und hieraus eine zwiefache Grundlage für das germanische Bußsystem abgeleitet wird, so zwar, daß die gerichtliche Buße von vornherein nur für die nicht zur Friedlosigkeit führenden Fälle bestimmt gewesen sei, in kleineren Sätzen bestanden und in Buße im e. S. und Friedensgeld sich getheilt habe, dagegen das Wergeld die durch die Sitte entstandene, außergerichtliche Buße sei, welche man bei gütlichem Vergleich gegeben habe, so wird man zwar soviel nicht in Abrede ziehen, daß neben dem Institut der gerichtlichen Buße früher und später außergerichtliche Sühnen vorgekommen seien [5]),

1) vgl. auch L. Fris. l. c., ferner die Todesstrafen der lex Sax., die lex Sal. (ed. Waitz) 19, 1. add. 2. Wilda S. 273—276.

2) Der prinzipielle Unterschied dieser von den öffentlichen Strafen des Tacitus, den Stein a. a. O. S. 162 geltend macht, ist wohl nicht anzuerkennen. vgl. Waitz R. d. sal. Franken. S. 201. 202. wo aber die not. 1. gegen Wilda gemachte Bemerkung dem im Text Gesagten widerspricht. s. auch Cap. Sax. a. 797 c. 8. (P. p. 76.)

3) vel propinquis ejus exsolvitur — recipitque satisfactionem universa domus.

4) Weiske Abhandl. aus d. Gebiete d. D. R. S. 83 ff. Wilda S. 340 ff. vgl. Waitz I. S. 194. not. 3. Gengler D.R.G. im Grundriß I. S. 361—363. not. 8. 10. Andere Auffassungen bei Sachse Grundlagen § 15. Stein. a. a. O. S. 161.

5) Form. Marculf. II. 18. Lindenbr. 82. vgl. Marculf. app. 23. 51. Bignon. 7. 8. Lindenbr. 124.

sowie daß zwei verschiedene Bußsätze vorkommen [1]), deren einer (das Wergeld, die capitis aestimatio) [2]) der höhere ist, vielleicht auch das, daß die Buße im e. S. (im Unterschiede vom Wergeld) sich ursprünglich auf bloße Rechtsbrüche bezogen und die Bedeutung eines pretium contemtus gehabt habe [3]). Eine ganz andere Frage ist aber die, ob das Wergeldssystem als ein erst allmälig aus der Sitte aufgenommenes, hinterher gesetzlich firirtes anzusehen sei? Diese Behauptung, welche mit der schon ob. (S. 66) angef. über das erst spätere Entstehen der Magenbürgschaft verbunden wurde, ist ohne Beweis geblieben [4]). Im Gegentheil liefert der Bericht des Tacitus einen Gegenbeweis. Denn will man auch nicht, was das Nächstliegende ist, c. 12 und 21 unmittelbar in Verbindung bringen, so ist doch jedenfalls schon in c. 12 in den Worten vel propinquis ejus exsolvitur die Todtschlagsbuße (das Wergeld) angedeutet und unter den Begriff der gerichtlichen Buße subsumirt. Man hat aber keinen Grund, nicht noch weiter zu gehen und die satisfactio, quam universa domus recipit, (c. 21) eben mit der pars mulctae, quae propinquis exsolvitur, zu identifiziren und hiernach auch das Wergeld von vornherein für eine gerichtliche Buße [5]) zu halten, um so mehr, da Tacitus das Institut der Magenbürgschaft (Theilnahme am Wergeld), das für ursprünglich gehalten werden muß, ausdrücklich damit in Verbindung bringt.

Muß man hiernach Wergeld und Buße principiell für identisch halten, so kann ferner der Buße kein anderer Charakter beigelegt werden, als der einer Privatstrafe, in deren Begriff das Moment der privatrechtlichen Genugthuung mit dem der Sühne oder Strafe [6])

1) Waiß R. d. sal. Franken S. 189.

2) Grimm R.A. S. 650—655. Gaupp Ges. d. Thüringer § 19. Schaumann Zeitsch. f. gesch. R.Wiss. XI. S. 362 ff. u. Grimm eb. S. 385 ff.

3) Wilda S. 341. 347—354. 357—365. Waiß R. d. sal. Franken S. 190 ff. Gengler a. a. O. S. 364. not. 13.

4) Weiske, dem Wilda hier folgte, will sogar umgekehrt die Buße für das Spätere, das Wergeld für das Aeltere angesehen wissen.

5) Daß das Wergeld gleichwohl gegenüber der „Injurien- oder Feindschaftsbuße" noch eine spezifische Bedeutung haben konnte (Gengler a. a. O. S. 363 not. 10.), ist damit nicht ausgeschlossen.

6) Daß dieses in der Buße an den Verletzten selbst mitliegt, verkennt Stein a. a. O. S. 161. 162. Wenn dagegen Waiß I. S. 193 gegen v. Woringen S. 65 ff. Wilda S. 439 das strafrechtliche Moment der Buße verficht,

noch vermengt ist (von der pars mulctae, quae civitati exsolvitur, noch abgesehen). Selbst die Bedeutung der compositio faidae wird dem Wergeld in seinem Ursprung (nicht in der Praxis, wenn es einmal gesetzliches Institut war) nicht abzusprechen sein [1]).

Dasselbe muß aber auch von derjenigen pars mulctae, quae civitati exsolvitur (dem Friedensgelde, fredus) angenommen werden [2]). Wenn ohne Zweifel bei der an den Verletzten zu zahlenden Buße von Anfang an das privatrechtliche Moment überwog [3]), so war natürlicher Weise bei dem Friedensgelde das Umgekehrte der Fall. In keinem Falle kann angenommen werden, daß das Friedensgeld erst später aus bloßen Zweckmäßigkeitsgründen zu der Buße als ein ganz Verschiedenes, als eine Konventionalstrafe hinzugekommen sei [4]). Gleichwohl muß auch dem an die Gemeinde zu zahlenden Sühnegeld ursprünglich die Bedeutung der compositio faidae [5]) zu Grunde gelegen haben, wenn sie sich natürlich auch später verlor, — weil jede Buße ihrem Begriff nach Aequivalent der Rache ist [6]); um so mehr, wenn die von Tacitus berichteten, öffentlichen Strafen eben auch nur als Racheakte Seitens der unmittelbar verletzten Gemeinde anzusehen sind. Ueberhaupt ist es charakteristisch für das

---

so macht er sich seinerseits derselben Einseitigkeit schuldig, wie die Getadelten. s. auch Recht der sal. Franken S. 188.

1) Satisfactio (Tac.) Grimm R.A. S. 649. Waitz I. S. 194. not. 2. vgl. L. Wisig. VIII, 1. L. Burg. V, 6. L. Fris. II, 2. 3. 5. Dagegen mulcta L. Sax. XI, 2. 5. XII, 1. 3. XIV. L. Angl. et Werin. VII, 1. L. Rip. 34, 3. 35, 1. Bei Wilda muß nach seiner Ansicht über das Wergeld die Darstellung der Bedeutung der Buße nothwendig schwankend ausfallen, vgl. S. 314—323. 340. 341. 366. ff. S. 438 ff. Noch im M.A. kam es ja so oft darauf an, ob der Verletzte oder die Seinigen sich zu einer Versöhnung herbeilassen wollten.

2) Wilda S. 438—441. vgl. Grimm R.A. S. 656. 657. v. Woringen Beitr. S. 90—123. Waitz I. S. 193. 194. u. R. d. sal. Franken S. 192 ff. Unger altdeutsche Ger. Verf. S. 27—29. 105.

3) Wilda S. 322.

4) so v. Woringen S. 123. vgl. jedoch S. 103 ff. Waitz I. S. 194, not. 1. L. Burg. IV, 3. 4. V, 1—4. X, 1. XII, 1. L. Bajuv. IX. 4. § 3.

5) Wiedereinkauf in den Frieden. Wilda S. 441. not. 2. 3. S. 444. 448. s. bes. Cap. Saxon. 797. c. 4. 8. Schaumann Gesch. d. niedersf. Volks, S. 64. 88. 89. 173—175.

6) Dieß ist der ganz richtige Kern in Wilda's Ansicht, der durch die Machtsprüche von Waitz nicht elidirt wird. Was übrigens Zöpfl D.St. u. R.G. II. 2. § 128 von einem „versteckten rohen Talionsprincip" sagt, ist ebenso erdichtet, als das theokratische Princip, das er aus Tac. Germ. 7 begründen will. s. v. Sybel Entst. d. Deutsch. Königth. S. 80.

germanische Strafrecht, daß bei den Bußsätzen in älterer Zeit die vorwiegende Rücksicht die war, was der Verletzte erhalten sollte, und auch später noch die Buße vor dem Friedensgelde zu erheben vorgeschrieben war [1]). Als berechtigt zum Empfang des Friedensgelds ist jedenfalls ursprünglich die Volksgemeinde zu betrachten [2]). In seinem Begriffe liegt, daß es nur bei absichtlichen Rechtsverletzungen erhoben wurde [3]), bei diesen aber durchgängig [4]). Wenn übrigens Tacitus die Compositio im Ganzen (als Inbegriff von Buße oder Wergeld und Friedensgeld) als Einheit erwähnt, die dann erst zwischen verschiedenen Berechtigten getheilt worden sei, so findet auch dieß in späteren Rechtsquellen Bestätigung [5]). Von dem capitale und der delatura, welche später gleichfalls als Theile der compositio vorkommen [6]) und als ursprünglich in ihr enthalten zu denken sind, erwähnt Tacitus noch nichts.

Im skandinavischen Norden ging nun aber die Entwicklung auf andere Weise vor sich, als bei den mitteleuropäischen Stämmen. Dort begann bis zum achten J.H. hin eine wahre Ansiedlung, welche den ungetrübten, nationalen Verlauf der Fortbildung des Gemeinwesens bedingte [7]), während die Befruchtung mit den Resultaten der alten Welt für den Norden nur durch den christlichen Feudalstaat vermittelt wurde. Dagegen sahen sich die kontinentalen Stämme in den Strom weltgestaltender Ereignisse fortgerissen, daher die altgermanischen Institute bei ihnen vielfach unterbrochen und mit fremden Bildungselementen versetzt wurden [8]).

---

1) Wilda S. 322. 441. 447. vgl. S. 455.

2) v. Sybel Entst. d. deutsch. Königth. S. 73 ff. 139. 129 ff. Waitz Recht d. s. Franken S. 212. not. 2.

3) L. Sal. 24, 5 (ed. Waitz). L. Rip. 46, 1. 70, 1. Gengler a. a. O. S. 366. not. 16. Jarcke Handb. I. S. 20. n. 24.

4) K.M. Eichhorn § 71. 74. Dag. Waitz R. d. sal. Franken S. 196. 197. Wilda S. 322.

5) Waitz R. d. sal. Franken S. 192—196. vgl. Pardessus loi Sal. p. 652. Wilda S. 443.

6) Grimm R.A. S. 655. 656. v. Woringen S. 71—89. Sachse Grundl. S. 354. Waitz R. d. sal. Franken S. 197—200. Wilda S. 900 ff. bes. aber jetzt Grimm Vorr. z. Merkels Ausg. d. lex Sal. p. LXXXV sq. Ueber das älteste Strafr. der Gallier nach Cäsar und Strabo s. Warnkönig franz. St. u. R.G. I. S. 40.

7) Wilda S. 3—5. 7—61. v. Sybel S. 14. 157.

8) Wilda S. 61 ff. v. Sybel S. 65. 66. 158. Swoboda der Staat, das Eigenthum, die Regalien &c. Abth. I. Freib. 1848. S. 119—130. Künß=

Die alte Verfassung enthielt in sich keinen Keim für wesentlichen Fortschritt [1]). Durch eigene Kraft oder durch die Berührung mit fremden Lebensmächten mußten daher neue, der Bildungsfähigkeit der Nation entsprechende Formen geschaffen werden. Der letztere Weg war den kontinentalen Stämmen angewiesen. Wandernd und kämpfend wurden diese aus ihren ursprünglichen Zuständen herausgerissen und auf einen Boden geführt, wo eine schon überreif gewordene politische Bildung [2]) ihren Kulturtrieb mächtig anzog und in ihre Formen leitete. In der Berührung mit Rom erstarkte ihre politische Bildung schneller, als es ohnedieß hätte der Fall sein können. Eben darum nahmen aber auch die neuen germanischen Gemeinwesen, die sich an mächtige Persönlichkeiten anschlossen und den organischen Zusammenhang mit den alten Volksgemeinden verloren [3]), römisches Gepräge an, um so mehr da die neuere Staatengründung in der Regel der Zeit nach nicht fern von der Annahme des Christenthums fiel [4]). In Folge davon tragen die dort entstandenen Volksrechte mehr oder weniger den Charakter einer Uebergangsperiode an sich [5]). Die Berührung mit Rom riß bei den Germanen die mit dem Privatrechte vermischte Idee des Staats zu selbständiger Entfaltung hervor. Nur freilich war dieß eine von außen angenommene und verfrühte Herrschaft der Staatsidee, die daher auch weder bleibend war, noch auch nur je alle Sphären des Volkslebens durchdrang [6]).

Uebrigens war der Grad der Romanisirung bei den verschie-

---

berg das Recht d. Deutschen in s. gesch. Grundl. S. 30 ff. Waitz II. p. XX—XXII.

1) A.M. Waitz Verf.Gesch. s. dag. v. Sybel S. 140—143. 159—161. Der Beweis, den jener aus der l. Sal. zu führen nicht ermüdet, kann nicht überzeugen, da nach seinen eigenen, ungemein reichlichen Einräumungen das fränkische Rechtsleben, das die alte l. Sal. schildert, bereits längst dem romano-germanischen Assimilationsprozesse unterlag. Machtsprüche, wie Verf.Gesch. II. S. 40. n. 1. und sonst oft genug, müssen gerade die entgegengesetzte Wirkung ausüben.

2) v. Savigny Gesch. d. R.R. im M.A. Bethmann-Hollweg Ger. Verf. d. sink. röm. Reichs. v. Glöden Röm. Recht im ostgoth. Reiche.

3) v. Sybel S. 161—175. 179—197.

4) Rettberg Kirchengesch. Deutschl. Winter Aelt. K.G. von Altbaiern rc. Hefele Gesch. d. Einführung d. Christenth. im südwestl. Deutschl. Seiters Bonifacius, d. Apostel d. Deutschen. vgl. Gengler Grundr. I. S. 58—68.

5) Wilda S. 61. 62.

6) Von hier bis zu einem Zustande, wie ihn Henke Gesch. d. Strafr. I. S. 102—108 ausmalt, ist indessen noch ein weiter Schritt.

denen germanischen Völkerschaften ein sehr verschiedener. Wenn die Gothen [1]) darin am weitesten gingen, so sind die Stämme, die in Deutschland sitzen blieben, am weitesten davon entfernt gewesen und nur allmälig und mittelbar mit jenen neuen Elementen befruchtet worden [2]). Das vermittelnde Volk [3]) waren die Franken, in ihrer beide Elemente (einheimisches und römisches) zu einer neuen und eigenthümlichen Bildung bewältigenden Kraft am meisten den Angelsachsen ähnlich.

Die Ansiedlung in eroberten, römischen Provinzen hatte zunächst die wichtige Folge, daß die alten Geschlechtsverbände gesprengt wurden und in den neuen Gemeinden an die Stelle des früheren Gesammteigens das Privateigenthum nach römischem Muster trat [4]). Die Völker diesseits des Rheins fanden ein solches Vorbild nicht vor, außer im Südwesten, wo die Alemannen entschieden feindselig dagegen auftraten [5]). Wenn nun gleichwohl auch bei ihnen zur Zeit ihrer Rechtsaufzeichnungen nur noch Reste der ältesten Verfassung sich zeigen [6]), so muß eine wenigstens allmälige Lockerung des Geschlechtsverbands bei ihnen durch die eigene, von innen heraus wirkende Gewalt des Privateigenthums hervorgebracht worden sein [7]), wozu sich als Uebergangsstadium das System der Feldgemeinschaft darbietet [8]), vermöge dessen die Rechte und Pflichten der Geschlechtsgenossen sich allmälig zwischen den Ortsnachbarn (vicini, commarchani) und den Blutsfreunden vertheilten. Den Hauptanstoß zur Erweiterung des Systems des Privateigenthums gab aber ohne

1) s. außer den älteren Werken von Manso und Aschbach bes. Glöden a. a. O. Lembcke Gesch. v. Spanien u. Schäffer Gesch. v. Portugall. Eichhorn in der Zeitschr. f. gesch. R.W. VIII. S. 281 ff. v. Sybel S. 172. 173. 198. 212 u. sonst.

2) Huschberg Gesch. d. Alemannen rc. Stälin Wirt. Gesch. Schaumann Gesch. d. niedersächs. Volks. Waitz II. S. 67. Stein Gesch. d. franz. Strafr. S. 16. 17.

3) Waitz II. S. 62—74. 78—86.

4) v. Sybel S. 197 ff. Was S. 198 angegeben wird, ist entschieden zu stark, da die Möglichkeit ähnlicher Entwicklungen in Deutschland dadurch ausgeschlossen würde. vgl. Gaupp Ansiedlungen. S. 53 ff.

5) Gaupp Ansiedlungen S. 555. Stälin I. S. 148.

6) A.M. Stein a. a. O. S. 16 ff., dessen abstrakte Aufstellungen übrigens als Regulativ sehr gut dienen können.

7) vgl. v. Sybel S. 201 od. 202 ob. Waitz II. S. 261. 262 spricht einen richtigen Satz aus, der aber gerade hier nicht als Gegenargument gelten kann, wo der Uebergang der Natur der Sache nach ein ganz leichter war.

8) Waitz II. S. 264—270.

Zweifel bei Sachsen, Friesen, Thüringern, Alemannen und Baiern erst die fränkische Eroberung [1]). Für das Strafrecht bedeutend ist die raschere Zerstörung oder allmälige Lockerung der Geschlechtsverfassung und der Sieg der Ortsverfassung insofern, als hiemit die Bürgschaft des Geschlechts sich zur Bürgschaft der Blutsverwandten verengerte [2]), und sonach die Aufgabe entstand, die entstandene Lücke anderswoher zu ergänzen [3]).

Mit der Anerkennung des Privateigenthums war ferner die Möglichkeit eines größeren oder geringeren Maßes desselben gegeben, wobei die Grenze gegen einen an Größe alle andern überragenden Grundbesitz [4]) auf der einen und Landlosigkeit [5]) auf der andern Seite fließend wurde. Entschieden stand dieß im Widerspruch mit der Geschlechtsverfassung, die auf den Grundsatz der im Wesentlichen gleichen Vertheilung des Grundbesitzes [6]) gebaut war. Auch unter jener gab es Leibeigene und Hörige [7]), somit die Möglichkeit für Freie, in Unfreiheit oder Abhängigkeit freiwillig oder gezwungen hinabzusinken, was aber ohne Zweifel nur ausnahmsweise geschah [8]). Je mehr aber der Grundbesitz des Stamms sich in Privateigenthum auflöste und hiedurch eine immer ungleichere Vertheilung des Grundbesitzes ermöglicht wurde, um so häufiger mußten auch die Fälle jener Ergebung landloser oder wenigbegüterter Freier in den Schutz größerer Grundbesitzer, und um so mannigfaltiger die Mittel zur Herbeiführung dieses Verhältnisses werden [9]). Auch diese Bewegung

1) Schaumann Gesch. d. niedersächs. Volks S. 235 n. 26. S. 245 ff. vgl. Stälin I. S. 170. 171. Gaupp Ansiedl. S. 564—568.

2) Daß es damit keinen langen Bestand hatte, ist schon oben angeführt.

3) v. Sybel S. 211. 212.

4) Belege s. bei Waitz II. S. 188—190.

5) vgl. L. Bajuv. 1, 11. § 1. II, 1. § 5. VIII, 4. § 2. 18. §. 3. L. Liutpr. IV, 2. 99. Form. ad l. Longob. Lothar. c. 1. Form. Marculf. II, 27. 28. App. 16. Bign. 13. Andeg. 2. 18. Greg. Tur. VI, 45. Die Stellen zeigen wenigstens, wie leicht Freiheit in Unfreiheit übergehen konnte.

6) Tac. Germ. 26. vgl. Stein a. a. O. Waitz II. S. 188—190. vgl. S. 151.

7) Der Ursprung der Liten oder Aldionen (s. Waitz, Hegel, Göhrum rc.) ist hiebei gleichgültig, da sie auch in ihrer günstigsten Stellung (bei Friesen und Sachsen) doch immer nicht als Gleichberechtigte der Geschlechtsgemeinde, sondern in mehr oder minder untergeordneter Weise auftreten. Liter. s. bei Gengler S. 296. 297. n. 7.

8) Waitz II. S. 167—169.

9) Waitz II. S. 169—175. 178—190. 195—208. Guérard Irminon.

nahm bei den germanischen Völkerschaften erweislich eben nur nach Maßgabe ihrer steigenden Berührung mit romanischem Leben und Wesen zu [1]), welches mit seinem Unterschiede zwischen Possessoren und Kolonen, sowie mit dem Institute des Benefiziarbesitzes [2]) Vorbilder an die Hand gab, denen sich die auf germanischem Boden selbst entsprossenen Formen leicht assimiliren konnten. Die Folge war ein Herabsinken der unbegüterten Freien in ihrer politischen und rechtlichen Bedeutung [3]).

Auch diese Entwicklung hatte wesentlichen Einfluß auf das Strafrecht. Namentlich bewirkte sie eine Ausdehnung, oder wohl richtiger das Emporkommen des Begriffs der Strafe als solcher. Wenn nämlich hiezu vor Allem die Vorstellung eines dem Schuldigen gegenüber absolut höheren Rechts gehört, so können die äußerlich als Strafen erscheinenden Folgen der Friedlosigkeit des älteren Rechts [4]) nicht hieher gestellt werden, weil eben der negative Begriff der Friedlosigkeit noch einen Mangel an positiver, selbstbewußter Macht der Gemeinde über ihren Genossen in sich schließt. Man kann daher die erste, freilich noch sehr rohe und unvollkommene Erscheinung jenes Begriffs nur im Verhältniß zwischen Herren und Knechten suchen. Der Herr konnte seinen Knecht ungestraft tödten [5]); — er hatte also jedenfalls unbedingte Strafgewalt über ihn, falls der Knecht sich gegen ihn selbst verfehlt hatte. Handelte es sich dagegen um Verbrechen gegen Dritte, so konnte zwar der Herr seinen Sklaven vertreten, d. h. die Buße für ihn entrichten; wenn

p. 199. Naudet in den Mém. de l'Inst. Acad. d. inscript. VIII. p. 401—597. Montag Gesch. d. staatsb. Freiheit I. S. 1 ff.

1) Waitz II. S. 167 n. 3. S. 172 n. 3. S. 195—208. 255—257. vgl. die S. 162—164 in den Noten cit. Stellen.

2) v. Savigny Abh. über d. röm. Steuerverf. u. über d. Kolonat. Eichhorn § 23. Gaupp Ansiedlungen S. 65—77. v. Sybel S. 202—211. Waitz II. S. 164—166. 195—208. Lehuërou hist. des instit. Mérov. p. 343. sq.

3) In welchem Umfang, ist freilich bestritten. Montag I. § 2. 24. Welcker Staatslex. I. S. 283 ff. Göhrum I. S. 59—62. u. n. 7. (S. 62 bis 68). Waitz II. S. 178—185. Maurer Gesch. d. Adels S. 35. 49. 63. 223. Zöpfl II, 2. § 9. 27. Wilda in d. krit. Jahrb. 1837. S. 337 ff.

4) s. o. S. 383. 384.

5) Tac. Germ. 25. Später zeigt sich freilich gerade in Beziehung auf Verbrechen der Knechte ein, immer noch schüchternes, Eingreifen des Staats und mehr noch der Kirche. vgl. L. Wisig. III, 4. 15. VI, 5. 12. 13. VII, 2. 21. L. Alamann. 37 (38.) § 2. 3. L. Henr. c. 75 § 3. c. 86. Conc. Epaon. c. 34. (Mansi VIII. p. 563).

er aber nicht wollte, so konnte er ihn der gesetzlich gestatteten Rache des Betheiligten oder der Züchtigung durch die öffentliche Gewalt, wozu es gerade hier wohl in der Regel kam, überantworten [1]). Eine günstigere Behandlung, wiewohl nie ganz die der Freien, ward den Liten zu Theil. Denn selbst da, wo sie in den Gemeindeversammlungen erschienen, das Eidesrecht und sogar das Fehderecht hatten [2]), mußten sie doch wenigstens das Wergeld mit dem Schutzherrn theilen [3]). Andererseits war das Recht des Schutzherrn auch da, wo es sich in einer Vertretung des Liten vor Gericht äußerte [4]), doch vielleicht nicht zu einer solchen Gerichtsbarkeit über denselben wie über den Sklaven ausgedehnt [5]). Wollte er aber den Liten nicht vertreten [6]), so läßt sich freilich nichts Anderes denken, als daß dieser eben wie der Knecht einer wirklichen Strafe unterworfen worden sei [7]). Jedenfalls zeigt die Behandlung der unbegüterten Freien (minores, minoflidi), daß die Zufügung öffentlicher Strafen, wenn auch immer vorerst nur als Surrogat für eine im einzelnen Fall nicht zu erbringende Buße, sehr im Zunehmen war [8]). Je gewöhnlicher aber die Anwendung auf Leute von freiem Geburtsstande wurde, um so mehr streifte die öffentliche Strafe den ursprünglichen Charakter der familienrechtlichen Züchtigung ab und kam ihrem Begriff näher [9]).

---

1) L. Sal. (ed. Waitz) 35, 1. 5. (vgl. 36.) 40. L. Rip. 30. L. Burg. 21, 2. 50, 3. L. Wisig. VII, 2. 3. Decr. Childeb. a. 596. c. 10. (Pertz I. p. 9). L. Fris. I, 14. 15. L. Angl. et Wer. 16. L. Sax. XI, 2. 3. 5. L. Grimoald c. 3. L. Liutpr. IV. 3 Dafür nahm denn auch der Herr für seinen Knecht die Buße ein. L. Wisig. II, 2, 9. L. Bajuv. V, 18. VII, 12. L. Burg. 26, 5. L. Fris. IX, 3. Ed. Rothar. c. 113. vgl. Zöpfl II. 2. § 26 n. 8. Ueber die bessere Stellung der servi regii und ecclesiast. s. Göhrum I. S. 35. 36. vgl. überhaupt Wilda S. 652 f.

2) L. Fris. I, 8—10. 18. II, 5. 8. L. Sax. 2, 4.

3) L. Fris I, 10.

4) L. Rip. 31 (33). L. Liutpr. VI, 67.

5) vgl. übrigens Schaumann Gesch. d. niedersf. Volks S. 96. 97. und unten.

6) Gaupp Recht u. Verf. d. alten Sachsen S. 119—122.

7) Denn ohne seinen Herrn konnte er wohl in der Regel weder die Buße erschwingen, noch die Fehde bestehen. s. übrigens auch Sachse § 20 und Wilda S. 665—670. Pip. Cap. Compend. a. 757. c. 22 (P. I. p. 29). L. Fris. 20. § 8.

8) L. Wisig. VIII, 3, 14. XII, 3, 17. Cap. Pip. R. inc. anni. 1. 2. (Pertz I. p. 31). vgl. Decr. Childeb. c. 8 (Pertz I. p. 10). L. Alamann. 38, 2. 39, 2. L. Bajuv. II, 4, 4. VI, 1, 3.

9) vgl. die richtige Bemerkung von Waitz II. 578 n. 3. gegen Lehuërou Instit. Carol. p. 218 sq.

Daß sie indessen vorerst ihren sekundären Charakter behielt, das erhellt aus der, freilich nicht mehr unangefochtenen, Beibehaltung des alten Fehde- und Bußrechts [1]) für die freien Volksgenossen, die sich als solche noch geltend zu machen wußten. Auch in dieser Sphäre aber brachte die o. a. Aenderung in den Eigenthumsverhältnissen eine folgenreiche Aenderung hervor.

Das alte Institut der Geschlechtsbürgschaft reduzirte sich auf eine bloße Familienbürgschaft, und auch diese ward theils für einige Fälle ganz abgeschafft, theils für alle zu einer Sache des freien Willens [2]). Da sie nun aber unbedingt nothwendig durch irgend etwas Anderes ersetzt werden mußte, so konnte, wenn der Staat die Sorge für die Stellung des Beklagten vor Gericht nicht oder nur unvollständig übernahm, nur wieder ein privatrechtliches Moment in die Lücke treten. Die gedachte Voraussetzung traf bei den Franken und den übrigen Deutschen wirklich ein [3]). Hatte nun aber die Geschlechtsbürgschaft ihre materielle Grundlage wesentlich doch nur in dem im Gesammtbesitz des Geschlechts befindlichen Grundeigenthum gehabt [4]), so war es ganz natürlich, daß diese materielle Grundlage auch jetzt unter veränderten, politischen Verhältnissen ihre Bedeutung behielt, ja in ganz neuer Weise steigerte. Nicht nur nämlich mußte jetzt die strafrechtliche Garantie überhaupt an den Privatgrundbesitz übergehen, sondern es mußte auch gerade von diesem Punkte aus eine Menge bisher unbekannter Bürgschaftsverhältnisse entstehen, die zu ganz eigenthümlichen staatsrechtlichen, für die Ausübung und den Charakter der Strafrechtspflege nicht am wenigsten wichtigen Entwicklungen führten [5]).

An der Stelle der Geschlechtsverbindung wurde nun die Territorialität das Princip des Staats; der vom Volke eingenommene Grund und Boden war das Grundelement aller neuen, rechtlichen

---

1) Gengler Grundr. S. 359—369.

2) s. bes. L. Sal. (ed. Waitz) 58. 60. 62, 2. L. Burg. II, 6. vgl. L. Sax. II. 6. Wilda S. 389—398. Waitz R. d. sal. Franken S. 113—115. 176—178.

3) Ueber den Unterschied von den Gothen s. v. Sybel S. 211. 212.

4) Dieß ist das Moment, welches Schaumann (Gesch. d. niedersächs. Volks) wiederholt sehr richtig hervorhebt (z. B. S. 64 n. 20. S. 176 n. 60), ohne den richtigen Gebrauch davon zu machen. vgl. Sächs. L.R. II, 5.

5) v. Sybel S. 212—214. Unger Altdeutsche Ger.Verf. S. 84—95. v. Maurer die Freipflege. Mein Wendepunkt rc. S. 332 ff.

und politischen Bildungen [1]). Seinen unmittelbarsten und sprechendsten Ausdruck gewann dieses neue Princip in einem Institute, das die Deutschen allerdings auch schon vor der Völkerwanderung, aber in ganz anderem Sinne gekannt hatten, das wenigstens seit der Berührung der Germanen mit Rom in eine ganz neue Phase seiner Entwicklung trat, — im Königthum [2]). Sei es nämlich immerhin, daß sich das alte Königthum in seiner ursprünglichen Bedeutung bei den Völkern des inneren Deutschlands, namentlich Thüringern, Alemannen und Baiern [3]), unter seinem eigenen Namen oder dem des Herzogthums noch länger forterhielt; gleichwohl kann aus diesen Erscheinungen auf jene ursprüngliche Bedeutung nicht geschlossen werden, weil seit der festen Ansiedlung dieser Völker und ihren Berührungen mit den Franken unfehlbar der romanische Einfluß mittelbar auch zu ihnen herüberströmte [4]). Die vermeintliche höhere Stellung des Königthums der lex Salica steht ohnedieß auf schwachen Füßen [5]). Nichts berechtigt oder nöthigt dazu, in dem älteren Königthum mehr als ein Oberprincipat zu erblicken [6]) und ihm irgendwelche Umgestaltung der republikanischen Verfassung zuzuschreiben. Das Einzige, was schon dieses ältere, sogen. Königthum als folgenreiches Moment für die spätere Entwicklung lieferte, war dieß, daß die germanischen Völker sich daran gewöhnten, ihre volkliche und staatliche Einheit in ihren Fürsten personifizirt zu sehen [7]). Ganz anders das fränkische Königthum, das unter den Merovingern und Karolingern nach und nach alle deutschen Völkerschaften dem

---

1) vgl. auch die Bem. bei Gengler Grundr. S. 107. 108 not. 8. Waitz II. S. 87–89. v. Sybel S. 175—186. bes. S. 185.

2) Verschiedene Auffassungen s. bei Eichhorn § 23. 24. 26. 27. 82. 158. 159. Zöpfl II, 2. § 32—42. Waitz I. S. 155—177. II. S. 28—36. 37—146. Ders. R. d. sal. Franken S. 203–214. v. Sybel S. 197 ff. v. Löw § 8. 16—19. Gaupp Ansiedlungen rc. S. 95—161. Löbell Georg v. Tours. Stein Gesch. d. franz. Strafr. S. 15 ff. Wilda S. 253—264. Warnkönig franz. St. u. R.G. I. S. 122—125 u. die dort cit. franz. Schriftsteller.

3) Die Sachsen wußten nichts davon. Gaupp R. u. Verf. d. Sachsen S. 19 ff. Schaumann Gesch. d. niedersächs. Volks S. 57 ff.

4) vgl. Eichhorn § 27. v. Löw § 21—23. Stälin I. S. 157—159. 170—185. 217—220. Gengler Grundr. I. S. 144—146 n. 66. Sternberg S. 61. 62.

5) Grimm Vorr. z. Merkels Ausg.

6) s. auch Sternberg S. 41.

7) Stein Gesch. d. franz. Strafr. S. 16.

fränkischen Reiche einverleibte und mit der Gründung einer germanischen Universalmonarchie in die neue Phase des Kaiserthums überging [1]).

Die Eigenthümlichkeit dieses Königthums nun bestand einerseits in seinem überall hervortretenden Bestreben, sich zum Mittelpunkte einer nach römischem Vorbilde geformten Staatseinrichtung zu machen, andrerseits in der Unfähigkeit desselben, die aus der alten Verfassung mit herübergebrachte, unklare Vermischung des öffentlichen mit dem Privatrecht von sich selbst und von den übrigen neuen Staatseinrichtungen abzuhalten.

Ersteres erscheint nicht etwa bloß in der Annahme römischer Titel und Würden [2]) und der Einrichtung der Hofhaltung nach römischem Gepräge [3]), sondern in weit reellerer Weise in der offenen Tendenz der fränkischen Könige, in die Rechte des römischen Kaisers einzutreten, nicht etwa nur in einzelne derselben, sondern in ihre Gesammtheit [4]), was freilich nur auf sehr bedingte Weise gelang. Das Bewußtsein jener Stellung, welche die fränkischen Herrscher sich zuerkannten, liegt am unzweideutigsten in dem Begriff der Majestät ausgesprochen, den sie im Gebiete des Strafrechts geltend machten [5]). Nur eine Konsequenz davon ist das Beamtenthum, womit das Königthum nach und nach netzartig das ganze Reich überspann [6]), und die hierauf berechnete Eintheilung des Reichs in verschieden abgestufte Verwaltungsbezirke [7]). Das Mehr oder Minder germanischer und romanischer Elemente in beiden Beziehungen ist zwar sehr bestritten. Nimmt man aber Alles zusammen, so wird man nicht umhin können [8]), ein bedeutendes Ueberwiegen der letzteren anzuer-

---

1) Eichhorn § 158. v. Sybel S. 267. Stein S. 7.

2) Prol. z. lex. Sal. Greg. Tur. II. 9. Marculf. Form. I, 7. 34.

3) Eichhorn § 25 b. Warnkönig franz. St. u. R.G. I. S. 125—127. vgl. Waitz II. S. 358 ff. Hüllmann Gesch. d. Ursprungs d. Stände S. 77 ff.

4) s. zwar Lehuërou, Waitz und A. Dag. vgl. Waitz selbst II. S. 135—146. Warnkönig a. a. O. S. 122 ff. u. bes. v. Sybel S. 197 ff.

5) s. zwar Löbell S. 206. Dag. Waitz II. S. 137 not. 2. Eichhorn § 90. vgl. Greg. Tur. V, 26. 28. VI. 37. IX, 13. 14. X, 19. L. Rip. 69, 1.

6) Eichhorn § 24. 26. 27. 83. Zöpfl II. 2 § 37. 38. Waitz II. S. 302—414. v. Sybel S. 218 ff. bes. Eichhorn in d. Zeitsch. f. gesch. R.W. VIII.

7) Eichhorn § 83. Zöpfl II, 2. § 37. v. Löw § 29. 30. Waitz II. S. 274—301.

8) vgl. auch Waitz II. S. 287. 296. 301. 324. 329. 403. 498. 499. 582. 583. 586. 588. v. Sybel S. 157—161.

kennen, wofür besonders die spätere Reaktion germanischer Entwicklung gegen die Organisation des auf die Gauverfassung gegründeten, fränkischen Beamtenstaats spricht. Am mindesten bezweifelt ist der romanische Antheil an der Finanzverfassung des fränkischen Reichs [1]). Wenn auch minder stark, ist er aber auch bei dem Heerbann [2]) und der Gerichtshoheit [3]), d. h. den zwei wesentlichen Thätigkeitsäußerungen jener königlichen Macht, in welchen sich nach den Begriffen jener Zeit ihre gesammte Herrschaftsgewalt im Krieg und Frieden konzentrirt, nicht zu verkennen.

So gewiß aber die im Königthum verkörperte Staatsidee den Germanen unter den Umständen, unter welchen sie dieselben ergriff, sich nach römischem Vorbilde gestalten mußte, ebenso gewiß ist auch, daß im Vergleich mit Gothen und Burgundern diese Macht des Römerthums bei den Franken und den deutschen Stämmen, die mit ihnen verbunden wurden, auf eine nationale Widerstandskraft stieß, wodurch ihre Einwirkung nach Umfang und innerer Gewalt bedeutend beschränkt wurde [4]).

Die unmittelbarste Erscheinung davon war die trotzige Kraft der Stammeseigenthümlichkeit, die unter der Einförmigkeit des fränkischen Amtsstaatsnetzes bald vulkanisch ausbrach, bald in trügerischem Schlummer gebunden lag [5]), welchem mit dem Verfall der Karolinger eine natürliche Zersetzung des künstlichen Baus in großartigem Maße folgte [6]). Das nächste, allbekannte Zeugniß dafür liegt in

1) Eichhorn §. 88. 89. 171. Zöpfl II, 2. § 40. Waitz II. S. 498—580. v. Sybel S. 242 ff. Lang hist. Entw. d. deutsch. Steuervf. Hüllmann Finanzgesch. d. Deutsch. i. M.A. Ilse Gesch. d. deutsch. Steuervf. Gengler S. 283—287. not. 25.

2) Eichhorn § 26. 27. 133. 166—170. v. Löw § 31. Zöpfl II, 2. § 36. Waitz II. S. 468 ff. Löbell S. 146 ff. 526 ff. Stenzel Gesch. d. Kriegsverf. v. Sybel S. 237—242.

3) Eichhorn § 26. 74. 87. 160. 164. Zöpfl II, 2. § 35. 37. 38. v. Löw § 28—30. Waitz II, S. 135—145. 320 ff. 415 ff. 495. v. Sybel S. 218—236.

4) vgl. v. Sybel S. 161. Waitz II, 53. 57—59. 73. 74. 86. 185. 261. 271. 279. 284—287. 298. 299. 312—317. 333. 417 ff. 485. 528. 633 ff. 640—644.

5) Eichhorn § 27. 127. v. Löw § 21—24. Stälin I. S. 169 ff. Wittmann die Bajovar. S. 77. 82. 93. 94. 101. 102. 110—130. 174 ff. Zöpfl II, 2. § 42. Waitz II. S. 346. 599—605.

6) Stein Gesch. d. franz. Strafr. S. 7. 8. 36. 37. vgl. Eichhorn § 140. Gfrörer Karolinger I. S. 52 ff. Waitz d. Gründung d. deutsch. Reichs. Funck Ludwig d. Fromme.

dem Fortgelten der verschiedenen Stammesrechte [1]), deren Verschmelzung, wenn auch versucht, doch nach dem ersten Versuch wieder aufgegeben wurde [2]). In demselben Grade jedoch, wie in der alten Verfassung jedes centrale Element schwächer war, als die lokalen [3]), hatte auch die fränkische Verfassung von den Stammeinheiten der unterworfenen Völker zunächst viel weniger Abbruch zu erleiden, als von den kleineren Einheiten (Hundertschaften), die sich gegen ein nationales (alemannisches oder bairisches) Herzogthum kaum minder störrisch verhielten, als gegen das große Reich im Ganzen [4]). Daher haben troß aller Widerstandslust der Stammnationalitäten sich doch alle größeren Volksgemeinden in Deutschland unter die Herrschaft des fränkischen Verwaltungssystems gebeugt [5]); nur an der Selbständigkeit der kleineren Gemeinden und dem Ungebundenheitstrieb der Einzelnen [6]) hat jenes seine Schranke gefunden, was auf dem Gebiete der Rechtspflege in der politischen Stellung des Centenarius [7]), in der Festhaltung der Urtheilsfindung durch das Volk [8]), in der Fortdauer des Fehdewesens und des Bußrechtes [9]), besonders aber in der Ausbildung neuer Bürgschaftsformen zum Ersatz für die untergehende Geschlechts- und Familienbürgschaft [10]) hervortrat.

Der Kern des Zusammenhanges der neuen mit der alten politischen Anschauung lag aber in der Unfähigkeit, die Gebiete des

1) v. Savigny Gesch. d. R.R. im M.A. I. S. 115 ff. Rogge S. 53. Gaupp Ansiedl. S. 218 ff. Waiß II, S. 78. 79. Eichhorn § 46. Pardessus loi Sal. p. 437—450. Unger Altdeutsche Ger.Verf. S. 368 ff. Hegel Gesch. d. Städteverf. in Ital. I. S. 436 ff.

2) Eichhorn § 136. 143.

3) v. Sybel S. 63. 143. vgl. Waiß II. S. 63.

4) Zu weit geht aber offenbar Zöpfl II, 2. § 34. (S. 104 ob.) § 35. n. 2. u. Stein S. 25 in d. M. vgl. Waiß II. S. 312—317. 417 ff. 597.

5) vgl. Waiß II. S. 444—451. 468 ff. 495—497. 582 ff. Zöpfl II, 2. § 42.

6) Guizot Essais p. 315 sq.

7) v. Savigny I. S. 275. Weiske Grundlagen S. 65. Waiß II. S. 312—317. 417 ff. vgl. Unger altdeutsche Ger.Verf. S. 147. v. Sybel S. 230. Grimm R.A. S. 754—757. Pardessus p. 579—581.

8) Verschiedene Ansichten s. b. Eichhorn § 75. 165. v. Savigny I. S. 214 ff. Sachse histor. Grundl. S. 452. v. Daniels Syst. u. Gesch. d. franz. Civilproz. I. S. 73 ff. Endemann de scabinis. Waiß II. S. 425 ff. Rogge S. 66 ff. Maurer S. 14 ff. v. Sybel S. 229—232.

9) Eichhorn § 76. 206. 207. v. Löw § 30.

10) v. Sybel S. 212—218. v. Maurer Freipflege S. 1—6.

öffentlichen und des Privatrechts auseinanderzuhalten. Der Unterschied bestand nur darin, daß dieses früher nur kleinere Kreise beherrschende Moment jetzt in die Krone des Ganzen, die endlich gefundene Centralgewalt selbst aufstieg und von hier aus Folgen entwickelte, die für ein Jahrtausend der deutschen Geschichte das Gepräge politischer Halbheit aufdrückten. [1]).

Die Wurzeln dieser tragischen Erscheinung lagen aber in den Elementen des sozialen Lebens, wie es nach dem rascheren oder langsameren Verfall der Geschlechterverfassung auf der allein erhalten gebliebenen Grundlage des Grundbesitzes sich gestalten mußte. Wenn nämlich innerhalb jener Verfassung die aus dem Prinzip folgende, gleiche Berechtigung der Genossen deren durchschnittlich [2]) gleichen Antheil am Grundbesitz zur Folge hatte, so kehrte jetzt das Verhältniß sich um; die Folge ward zum Grunde, die Erscheinung zum Wesen [3]). Gewiß ist nun wohl, daß die mit der raschen oder allmäligen Fixirung des Privateigenthums vor sich gehende Umwandlung aller gesellschaftlichen Verhältnisse [4]), die Erhebung des Grundbesitzes zur Bedingung und zum Maßstabe aller politischen Rechte, die Entwicklung eines freien und eines unfreien Besitzes [5]) und die damit zusammenhängende Zersetzung des alten Freienstandes [6]) in verschiedene, höhere und niedere Stände in Deutschland viel langsamer und wegen der häufigen, massenhaften Erhaltung der alten Besitzverhältnisse [7]) viel weniger gleichmäßig vor sich ging, als bei den Westfranken. Gleichwohl ist später auch hier die gleiche Entwicklung eingetreten; der Zielpunkt dieser Entwicklung war aber die Umgestaltung [8]) der gesammten früheren, auf der gleichen Berechtigung der Geschlechtsgenossen (auch im Grundbesitze) beruhenden,

---

1) v. Sybel S. 267.

2) Tac. Germ. Secundum dignationem. vgl. v. Sybel S. 203.

3) Was Waitz I. S. 38. 39 von der ältesten Periode aussagt, erhält erst in dieser seine Wahrheit.

4) Eichhorn § 194—196. v. Sybel S. 203—210. 212—218. Waitz II. S. 167—175. 178—185. 195—208. 255—257.

5) Stein Gesch. d. franz. Strafr. S. 25 ff.

6) s. übrigens auch Zöpfl II, 2. § 9—11. Göhrum Ebenbürtigkeit I. S. 55—70. 72. Note unten, S. 89—95.

7) Viel zu weit geht hier übrigens Stein S. 16. 25. vgl. Waitz II. S. 320. n. 1. S. 406. n. 1. Gengler Grundr. S. 145.

8) Es ist entschieden irrig, wenn Zöpfl II, 2. § 34. 35 meint, im fränkischen Reiche habe die alte republikanische Verfassung, gleichsam nur unter der Protektion des Königs, fortbestanden.

republikanischen Verfassung in eine andere, deren Fundament die Abhängigkeit des kleineren Grundbesitzes vom größeren, und des Inhabers des ersteren von dem des letzteren bildete [1]), und die ihre Spitze in dem Könige als dem ersten und mächtigsten Grundbesitzer und obersten Schutzherrn fand [2]).

Eben dadurch kam aber das Königthum in jene ebenso sonderbare, als folgenreiche Doppelstellung. Auf der einen Seite vertrat es die von einer höchst kulturfähigen Nation der vorgefundenen Ruine des klassischen Alterthums abgeborgte, mindestens eifrig nachgeahmte, höhere Staatsidee; — so schon unter den Merovingern [3]), noch weit entschiedener aber unter den Karolingern, wo noch das weitere, höchst wichtige Moment hinzutrat, daß mit der idealen und religiösen Metamorphose des Kaiserthums [4]) das Königthum von seiner ursprünglichen Verbindung mit einer besondern Nationalität losgerissen und zur Vertretung des gesammten Germanenthums gesteigert wurde [5]), welche Karl d. Gr. nur durch die großartige, aber verfrühte Uebertragung der Idee des römischen Weltstaats auf die germanische Welt durchzuführen wußte [6]).

Andererseits dagegen machte sich jene juristische Naivetät der Germanen, welche sie die Grenzen zwischen öffentlichem und Privatrecht nicht finden ließ, mitten im Kern jenes fränkischen Königthums Raum. War das bekannte Schauspiel des Zusammenfalles der obersten Reichsregierung mit dem Hofregiment [7]) die äußere Erscheinung hievon, so trat die Sache selbst klar genug, theils in der ideellen Auffassung der königlichen Gewalt, theils in der realen Gestaltung ihrer Wirksamkeit in allen wesentlichen Gebieten hervor. Was das Erste betrifft, so ist es so bekannt als bezeichnend, daß

1) Stein S. 20—30.

2) Stein S. 19. 35. Waitz II. S. 208—227. v. Sybel S. 257. vgl. Klimrath travaux. p. 392 sq. Guizot Essais p. 191 sq. Warnkönig franz. St. u. R.G. I. S. 131—136. 140—143 u. die hier cit. franz. Schriftsteller.

3) v. Sybel S. 218—267. Wilda S. 75—81.

4) v. Sybel S. 267. Eichhorn § 158.

5) Zöpfl II, 2. § 33. vgl. übrigens die interessante, jedoch zum Theil phantastische Darstellung bei Sternberg S. 77—90.

6) Stein S. 36. vgl. Wilda S. 111—114. Eichhorn § 160—171.

7) Waitz II, S. 358—402. vgl. Guizot Essais nr. IV. p. 87 sq. Lehuërou, Instit. Mérov. p. 321. Instit. Carol. p. 291 sq. Warnkönig franz. St. u. R.G. I. S. 125—129.

man naiv genug war, die Bezeichnungen für das Wesen der königlichen Gewalt in der Sphäre des Privatrechts zu suchen, und zwischen dem generellen und speciellen Mundium des Königs keine feste Grenze zu ziehen verstand [1]). Weit wichtiger war aber das Andere. Vor Allem zeigt es sich im finanziellen Gebiete, wo zwischen dem Eigenthum des Staats und seines sichtbaren Oberhauptes nicht unterschieden und infolge davon wesentliche Hoheitsrechte des Staates eben wie königliches Privatgut weggeschenkt wurden [2]). Eben dieß war aber vermittelst der Verleihung der Immunität vorzüglich mit der Gerichtsbarkeit der Fall [3]), und dieß war um so wichtiger, da nach den Vorstellungen jener Zeit der Keim dieses Begriffs die gesammte Regierungsthätigkeit in sich trug.

Vermittelst dieser Vergabungen geschah es nun, daß das Königthum anstatt der alten republikanischen allmälig eine völlig aristokratische Unterlage erhielt, und daß die in ihm selbst gesetzte Begriffsverwirrung vermöge der steigenden Macht des Grundbesitzes nach und nach in die gesammte übrige, gesellschaftliche und politische Ordnung hinüberdrang. Treffend ist beides in der Formel angedeutet [4]): daß einmal persönliche Verbindungen zu dem König den allgemeinen Unterthanenverband ersetzten, andererseits die Rechte, welche dieser nur von Staatswegen als dessen Oberhaupt ausüben und auf seine Organe übertragen sollte, wie Privatrechte verliehen und besessen wurden.

Die unmittelbare Handhabe für Ersteres war das Gefolgschaftswesen, das unter der früheren Verfassung [5]) nur ein Verhältniß

---

1) Zöpfl II, 2. § 35. Kraut Vormundschaft I. S. 63 ff. Wilda S. 253 ff. 469 ff. Waitz II. S. 33. 142. 143. 170. 453. 594. 606. v. Sybel S. 239—242. 267.

2) v. Sybel S. 264—266. Waitz II. S. 336. n. 3. S. 413. 509. 521. 555 ff. 606. 610. vgl. Luden Deutsche Gesch. III. S. 258. 298. Guérard Irm. p. 48. 349.

3) Verschiedene Ansichten bei Montag Gesch. d. staatsb. Freiheit I. S. 125 ff. 130—156. 216—249. Eichhorn in d. Zeitschr. f. gesch. R.W. I. S. 191 ff. R.G. § 86. 172. 173. Zöpfl II, 2. § 41. v. Sybel S. 251 ff. Waitz II. S. 294. 317—319. 573—578. 608—610. Lehuërou Instit. Carol. p. 218 sq. Pardessus loi Sal. p. 583—596. Laboulaye hist. du droit de propr. fonc. p. 314 sq. Lezardière III. p. 127 sq. Stälin wirt. Gesch. I. S. 350. 351.

4) Waitz II. S. 610.

5) v. Sybel S. 144—151. vgl. Zöpfl II, 2. § 8. 10. Göhrum Ebenbürtigkeit I. S. 72. n. 1 unten.

persönlicher Treue begründete, mit der steigenden Entwicklung der Bedeutung des Grundbesitzes aber in eine ganz neue Phase seiner Entwicklung trat. Man hatte bereits in untergeordneten Kreisen den Römern in der Form des Benefiziarbesitzes eine Unterordnung des kleineren Grundeigenthums unter das größere abgeborgt, welche den Freiheitsrechten weniger gefährlich war, als die altgermanischen Landverleihungen [1]. Das Königthum ergriff diese Form und gab ihr einen eigenthümlichen Inhalt. Die Landverleihung war jetzt das einzige Mittel, um treue Dienste der Gefolgsleute zu belohnen und sie zur Fortsetzung solcher dienstlichen Treue anzuspornen [2]. Da aber diese Landverleihungen von Seiten des Staatsoberhauptes die persönliche Ehre nicht minderten [3], so kam es sehr natürlich dahin, daß solche Benefizien auch durch Auftrag konstituirt wurden [4]. Das Charakteristische war eben die Verträglichkeit der von den königlichen Benefizien geforderten Dienste mit der persönlichen Freiheit und Ehre [5], was gerade aus der Personifikation des Staats im Königthum hervorging. Rückwirkend hievon bildete sich nun allerdings auch bei Benefizien geistlicher und weltlicher Großen eine idealere Klasse aus [6]. Allein gegenüber den königlichen Benefizien blieb doch stets der wesentliche Unterschied, daß durch jene die Verpflichtungen des Beliehenen gegen den Staat auf den Grundherrn übergehen, er mithin aus dem unmittelbaren Verhältnisse zum Staat

1) Waitz II. S. 195—208. Lezardière II. p. 320. Laboulaye p. 296 sq. vgl. Warnkönig franz. St. u. R.G. I. S. 134—136. Palgrave the rise and progress of the English commonwealth I. p. 351. 356. 495.

2) Stein Gesch. d. franz. Strafr. S. 20. 21. Göhrum I. S. 89. 90 und Stellen ebend. § 12. not. 3. 4. (S. 75—78). Stälin I. S. 353.

3) Guizot Essais p. 193. Warnkönig franz. St. u. R.G. I. S. 130. n. 2. Von Verleihungen an Knechte und Hörige, die oft genug vorkamen, ist hier natürlich nicht die Rede.

4) Marc. Form. I, 14. Guizot Essais p. 174. Laboulaye p. 287. Lezardière II. p. 393. Guérard Irm. p. 506. 530. 543. Waitz II. S. 214—218.

5) Die Bemerkungen von Waitz II. S. 218. 219 gegen Lezardière II. p. 409 und Laboulaye p. 342 sq. können hier ebenso bei Seite gelassen werden, als die vielen Streitfragen über Ursprung und Wirkung des Benefiziarbesitzes.

6) Waitz II. S. 219—221. vgl. überhaupt noch Guizot Essais p. 120 sq. Laboulaye a. a. O. p. 319 sq. Lehuërou Inst. Mérov. p. 343 sq. Instit. Carol. p. 403 sq. Warnkönig I. S. 140—143. Eichhorn § 16. 26. 47. Zöpfl II, 2. § 10. Gengler Grundriß S. 290—293. n. 27—31.

ausscheiden und in Abhängigkeit von einem Privaten gerathen konnte [1]), wogegen bei den königlichen Benefizien gemäß der gesammten Auffassung des Königthums gerade die Unterscheidung zwischen der Person des Königs und seiner Eigenschaft als Vertreter des Staats im Unklaren blieb, wenn auch immerhin die persönliche Beziehung als das überwiegende Moment erschien [2]). Die dingliche Unterlage, welche die persönliche Verbindung mit dem Oberhaupte des Staats erhielt, führte aber unaufhaltsam weiter zur Entwicklung einer Menge staatlicher Mittelgewalten, welche einen immer größeren Theil des Volks mehr und mehr von der unmittelbaren Verbindung mit dem Staat und seinem Oberhaupt ausschlossen, indem die mit dem königlichen Gute beliehenen meist auch das Privilegium der Immunität mit erhielten und somit wahre staatliche Hoheitsrechte als Konsequenzen des Grundbesitzes erlangten [3]).

Diese auffallende Erscheinung des Hervorgangs obrigkeitlicher Rechte aus einer dinglich fixirten Verbindung mit der Person des Königs, welche sich eben nur aus der völligen Personifikation der Staatsidee [4]) erklärt, findet sofort ihr entsprechendes Gegenstück an der eigenthümlichen Entwicklung des Amtsbegriffs im fränkischen Reiche, einer Entwicklung, welcher sogar die Macht Karls d. Gr. nur zeitweise einen Damm setzen konnte. Offenbar war nämlich gerade das karolingische Verwaltungssystem auf den Amtsbegriff gegründet. Allein unter diesem aus romanischen Fäden gewobenen Netze machte sich auch in dieser Sphäre die an der Persönlichkeit des Königs haftende, germanische Staatsauffassung geltend und ließ es nicht zu einer reinen Entwicklung des Amtsbegriffs kommen. Ohne Zweifel waren die missi, Grafen und Centenare Repräsentanten der Staatsgewalt [5]). Betrachtet man aber das Grafenamt als den Mittelpunkt dieser ganzen Organisation etwas näher, so sieht man

1) Waitz II. S. 174. 201. 202. 508. 509. 572. vgl. Zöpfl II, 2. § 12. 14. Stälin I. S. 352. 358—360.

2) Pardessus loi Sal. p. 487 sq. Waitz II. S. 221 ff. K. Maurer Wesen d. ält. Adels S. 211 ff.

3) Waitz II. S. 257. 573—580. 608—611. v. Sybel S. 266. Stein S. 22. Lezardière III. p. 6—8. 127—143. Pardessus p. 589 sq.

4) vgl. Waitz II. S. 509. 521. 547. 555. 560. 566. 572. 606. 610.

5) Lezardière III. p. 117—126. Eichhorn § 137. 160. 164. v. Löw § 28—30. Hinsichtlich der Centenare s. schon Childeb. decr. c. 9. 11. 12. Chlotach decr. c. 8. (Pertz Leg. I. p. 10. 11.) vgl. auch Sternberg S. 69—71.

alsbald, wie bedeutend es von dem römischen Vorbilde abweicht. Uebrigens ist das Wesen dieser Abweichung nicht darin zu suchen, daß die fränkische Grafschaft Civil- und Militärgewalt in sich vereinigte [1]); wohl aber darin, daß auch in der Stellung des Grafen die Beziehung auf die persönlichen Interessen des Königs vorherrschte, daß er zugleich Staats- und herrschaftlicher Beamter war [2]). Zwar ist es eben wegen der Zwittereigenschaft der königlichen Domänen und Einkünfte schwierig, hier genaue Gränzen zu ziehen; ja es ist bestritten, ob überhaupt auf den (immunen) Fiskalgütern der Graf die Aufsicht über das Finanzielle und die Gerichtsbarkeit gehabt habe [3]). Für die merovingische Zeit ist wohl die Frage eher zu bejahen, für die karolingische dagegen zu verneinen. Wenn aber auch die Maxime Karls d. Gr., nicht zu viele Gewalt in der Hand Eines Beamten zu lassen, dazu geführt hat, die Stellung des Grafen als Staatsbeamten reiner abzuklären, so ist dann nur um so gewisser jene Eigenschaft als eines obersten herrschaftlichen Beamten auf den missus übergegangen [4]). Was aber der Kaiser in keinem Falle mehr aufheben konnte und wohl auch nicht aufheben wollte, das war die bereits eingetretene und nur immer mächtiger sich entwickelnde Verbindung des Komitats mit dem Benefiziarsystem [5]). Die Grafen wurden theils mit den Einkünften ihres Amts, theils mit Benefizien belohnt. Diese Benefizien wurden aber nach und nach annexa des Amts, und dieses selbst trat unter die Kategorie der Benefizien. Wenn nun die Benefizien ohne Zweifel anfangs widerruflich waren und erst allmälig erblich wurden [6]), so gab gerade die Stellung der Grafen zu den Königen zu letzterer Entwicklung die beste Gelegenheit [7]). Aber, auch hievon abgesehen,

1) Dieß hebt bes. Waitz II. S. 406 hervor. vgl. Pardessus p. 571. Lehuërou Inst. Mérov. p. 325.

2) vgl. v. Savigny I. S. 222 ff. Eichhorn § 24. 26. 74. 87. 164. 166. 167. 171. 173. Waitz II. S. 327—337. 406—410. 563.

3) vgl. Eichhorn §. 171. n. a. u. § 138. n. c. 160. n. b. v. Sybel S. 258 ff. Waitz II. S. 331. 363—366. 562. 563. Warnkönig I. S. 127. 154. 155. Stein S. 22. 23. Zöpfl II, 2. § 41. Lehuërou Inst. Carol. p. 247.

4) v. Sybel S. 259. 261. vgl. Eichhorn § 160.

5) Eichhorn § 167. Waitz II. S. 332. 409. 569. 607. Stein S. 24.

6) Guizot Essais p. 131 sq. Lehuërou Inst. Mérov. p. 339 sq. vgl. Eichhorn § 141. Göhrum Ebenbürt. I. § 12. n. 10. 11. (S. 85. 86.) u. § 13. n. 1. (S. 90—92).

7) Caroli II. Conv. Caris. 14. Juni 877. c. 3 u. Cap. prop. c. 9. (Pertz

lag in dem Umstand, daß das Grafenamt selbst als Benefizium betrachtet wurde, an und für sich schon das höchst folgenreiche Moment, daß hier nicht mehr bloß einzelne staatliche Rechte mit dem Grundbesitz verbunden erscheinen, sondern geradezu das Amt selbst, mithin der reine Amtsbegriff selbst gründlich verfälscht und von dem Alles beherrschenden, privatrechtlichen Prinzipe des Grundbesitzes unterjocht wurde.

Aus beiden Entwicklungen zusammen entstand das Feudalsystem [1]), d. h. das System der fortschreitenden, privatrechtlichen Vertheilung der Staatsgewalt mit dem Substrat einer aristokratischen Ständehierarchie, welches unaufhaltsam zu der Wucherbildung von Staaten im Staate führte. Die karolingische Verfassung bildete jedoch nur erst den Uebergang hiezu [2]).

Wenn nun immer und überall die Entwicklung des Strafrechts durch den Grad der Entwicklung der Staatsidee bedingt wird [3]), so muß das Strafrecht der fränkischen Periode denselben Charakter des Uebergangs und inneren Widerspruchs, der die ganze Verfassung von oben bis unten durchdringt, gleichfalls an sich tragen.

In der That machte sich denn auch die im Königthum positiv auftretende Staatsidee [4]) in verschiedenen Beziehungen sehr entschieden geltend. Vor Allem erhielt die Klasse der gegen das Gemeinwesen gerichteten Verbrechen ihre konkretere Erfüllung, indem sich dem in's Persönliche gewendeten Begriffe des germanischen Verraths der politische Begriff des römischen Majestätsverbrechens gesellte [5]). Mit dem klarer gedachten Begriffe des bestimmten Verbrechens trat zugleich der klarer gedachte Begriff der Strafe [6]) als

---

I. p. 539. 542.) Charta Caroli II. a. 877 bei Kraut Grundr. § 5. nr. 44. S. 16.

1) vgl. Sachse Grundlagen § 14. 18. Stein S. 41—158. Meinen Art. in der Zeitschr. f. D. Recht XII, 1. S. 37—52.

2) Eichhorn § 158.

3) Stein S. 158—167. Der Gedanke selbst ist treffend hervorgehoben; allein die Ausführung ist jedenfalls unvollständig.

4) s. auch Stälin Wirt. Gesch. I. S. 333.

5) L. Rip. LXIX, 1. vgl. L. Sax. III, 1. Ed. Rothar. c. 1. 4. 6. L. Alamann. 24—26. L. Bajuv. II, c. 1. § 1. c. 2. 3. 4. § 1—4. c. 9. Cap. Paderb. a. 785. c. 11. Cap. Bonon. c. 4. (P. p. 48. 83. 172.) Cap. Ticin. a. 801. c. 3. L. Sal. emend. 34. (Her. 35.) § 5. Greg. Tur. V, 26. 28. VI, 37. IX, 13. 14. X, 19. vgl. Wilda S. 984—992. Walther Beiträge z. Lehre vom Hochverrath. Complott S. 20—22.

6) Unklar hierüber Wilda S. 986. s. noch Ed. Rothar. c. 1—7.

der Reaktion Seitens des Allgemeinen gegen das Ordnung und Gesetz nicht achtende Individuum hervor. War aber dieser einmal in's Bewußtsein getreten, so mußte das Königthum bestrebt sein, ihm auch bei den Privatverbrechen Geltung zu verschaffen. In der That geschah dies auch. Es finden sich Leibes- und Lebensstrafen und Vermögenseinziehung festgesetzt bei Mord [1]), Raub [2]), Brandstiftung [3]), Diebstahl [4]), Meineid [5]), Fälschung [6]), Incest [7]) ꝛc. Gerade in dieser Sphäre jedoch fand das Königthum eine Schranke in dem noch ungebrochenen Unabhängigkeitstrieb derer, welche sich das alte Recht der Freiheit zu bewahren gewußt hatten [8]), nur daß diese freilich der Masse des Volks gegenüber bereits zur Minderzahl zusammenzuschwinden begannen. Dagegen machte sich die königliche Gewalt und das durch sie getragene Beamtenthum [9]) wieder um so energischer in dem Fall geltend, wenn die Bußzahlung verweigert wurde. Dabei sind die Fälle zu unterscheiden, daß der zur Buße Verurtheilte nicht zahlen will, und daß der Beklagte überhaupt sich vor Gericht zu stellen verweigert. Im ersten Fall unterscheidet die L. Sal. wieder, ob er sich für die Zahlung verbürgt oder das Urtheil gar nicht angenommen hat. Ist jenes geschehen, so tritt ein förmliches Exekutionsverfahren unter Leitung der öffentlichen

---

Aethelr. Ges. V, 21. Knuts Ges. I. B. c. 75. Aelfreds Ges. c. 4. Ueber die Einwirkung der Ansichten der Kirche vom königlichen Berufe s. Jarcke Handb. I. S. 21—23. n. 2. 3.

1) Childeb. Decr. a. 596. c. 5. (Pertz I. p. 10.) L. Burg. II, 1. L. Liutpr. c. 20. L. Wisig. VI, 5. 17. L. Alamann. 40. Ed. Rothar. c. 204.

2) Child. Decr. c. 7. (Pertz I. p. 10.) L. Rip. 79. Cap. Franc. a. 779. c. 23. (P. I. p. 39.);

3) L. Sax. V, 2. Xantener Gaurecht (Cap. 3. a. 813.) c. 46. (Walt. II. p. 267.)

4) Wilda S. 891 ff.

5) L. Sax. II, 8. 9.

6) Cap. Car. M. a. 803. c. 13. (P. I. p. 120.)

7) L. Alam. c. 39. s. auch noch Cap. Paderbr. a. 785. c. 3—10. (P. I. p. 48.) vgl. Eichhorn § 206. Zöpfl II, 2. § 129. Merkel de republ. Alamann. Comment. c. 14. n. 19. Ueber d. Einfluß d. R.R. s. Zöpfl II, 2. § 2. n. 6. § 18. n. 8.

8) Eichhorn § 207. Pardessus p. 660.

9) bes. bemerkenswerth sind hier die Ansätze des Inquisitionsprinzips. L. Sal. Em. 34, 5. Chlod. Cap. add. c. 9. (P. II. p. 4.) Childeb. Decr. c. 11. 12. (P. I. p. 10.) Clotach. Decr. c. 1. 8. 9. (P. I. p. 11. 13.) Pardessus p. 652. Mein Wendepunkt ꝛc. S. 170. 172.

Beamten ein[1]). Hat dagegen der Verbrecher das Urtheil nicht angenommen oder sich gar nicht vor Gericht gestellt, so wird er vor den König geladen und von diesem geächtet[2]). Im letzteren dieser Fälle konnte auch in der That nichts Anderes erfolgen, da noch kein Urtheil vorlag. Im ersteren dagegen mußte der natürliche Fortschritt dazu führen, an die Stelle der Aechtung gleichfalls die obrigkeitliche Exekution der Buße[3]) und, falls das Gut des Schuldigen nicht reichte, den Vollzug der angedrohten, öffentlichen Strafe zu setzen. Es ist klar, daß mit dem positivem Hervortreten der Staatsgewalt im fränkischen Reiche auch die Aechtung einen viel strengeren Charakter annehmen mußte, als die Friedlosigkeit der älteren Zeit[4]). Ein entschiedener Fortschritt aber war im Kreise der Privatverbrechen neben den freilich nur theilweise durchgesetzten, öffentlichen Strafen[5]) wenigstens die gleichfalls an die Stelle der alten Friedlosigkeit tretende, durch die Macht des Beamtenthums vermittelte[6]), leichtere Möglichkeit der Exekution der richterlichen Urtheile[7]).

In dieser gebrochenen Entwicklung des verhältnißmäßig reinen Begriffs der öffentlichen Strafe spiegelt sich gerade nur die

---

1) L. Sal. 50. Waitz R. d. alten Salier S. 178—182. Wilda S. 467. n. 1. u. in d. Zeitschr. f. d. R. I. S. 182 ff. Maurer altdeutsch. Ger.Verf. S. 49 ff.

2) L. Sal. 56. Pardessus p. 568. 612. 613. Waitz R. d. Salier S. 183—185. 202.

3) arg. Cap. Franc. a. 779. c. 22. (P. I. p. 39.) Cap. a. 805. c. 5. (P. I. p. 133.) Ludov. I. Cap. leg. add. c. 13. (P. I. p. 212.) Waitz a. a. O. S. 183 ob. legt dem deutschen Rechtssinne höchst willkürliche, eigene Erfindungen unter. vgl. noch Cap. Sax. a. 797. c. 9. (P. I. p. 76.)

4) Cap. Ticin. a. 801. c. 13. (P. I. p. 85. vgl. p. 212. c. 11.)

5) vgl. Waitz II. S. 540. 541.

6) Zu bemerken sind hier namentlich die Verbote der außergerichtlichen Abfindungen, z. B. Child. II. et Chlot. II. Pact. c. 3. (P. I. p. 7), die Strafdrohungen gegen Konnivenz der Beamten, z. B. Childeb. II. Decr. c. 6. 7. (P. I. p. 10), die Ansätze zu inquisitorischem Verfahren (ebend. u. sonst s. meinen Wendep. S. 171. 172), besonders aber die Anweisung der Grafen auf einen Theil der Strafgelder, Cap. a. 783. c. 5. (P. I. p. 46), wie ihre Verantwortlichkeit für die zu erhebenden Abgaben (Waitz II. S. 331. 518. 519).

7) Was Stein S. 164 noch weiter zu berichten weiß, entbehrt allen Grundes. Daß namentlich jetzt erst eine obrigkeitliche Nöthigung zur Erlegung des Schadensersatzes in der Buße stattgefunden habe, worin er das Bezeichnende der Periode sieht, ist unrichtig, da eine solche früher in der Friedenskündigung lag und ebendeßhalb der Widerspruch, der erst jetzt eingetreten sein soll (S. 165), schon vorher ganz ebenso vorhanden war. Bei der Ansicht Stein's ist man genöthigt, für die erste Periode in die Ansichten von Rogge zurückzufallen.

gebrochene Staatsidee jener Zeit im Ganzen. Eben mit den eigenthümlichen, gesellschaftlichen Gestaltungen aber, die hieraus hervorgingen, ergab sich auch die zunächst sprunghafte Fortwirkung jenes Begriffs in einer andern Sphäre, welche doch wieder — eben unter dem Einflusse der gesellschaftlichen Metamorphose — an jene erste Entwicklung sich anschloß und der ganzen Zukunft des deutschen Strafrechts ein eigenthümliches Gepräge aufdrückte.

Wenn auch bei einigen Völkern, wie den Sachsen, Todesstrafen gegen Freie wegen Privatverbrechen schon in ältester Zeit herkömmlich waren [1]), so ist doch gewiß, daß wenigstens in der Regel nur Unfreie wegen solcher Vergehungen an Leib und Leben gestraft (namentlich kastrirt, geprügelt ꝛc.) wurden [2]) und zwar bei Delikten gegen ihren Herrn oder gegen andere Unfreie desselben Herrn von diesem vermöge seines Züchtigungsrechts [3]), bei Delikten gegen Dritte dagegen, falls der Herr sie nicht vertreten wollte, von der öffentlichen Gewalt, die hier sozusagen eben jenes herrschaftliche Züchtigungsrecht übernahm [4]). Zwar ist manchmal vorgeschrieben, daß der Herr trotz der Vertretung des Unfreien diesen gleichwohl dem Beleidigten oder dem Richter auszuliefern habe [5]). Regelmäßig aber behielt ihn ohne Zweifel der Herr und konnte sich dann für die Buße, die er für ihn erlegt hatte, nach Belieben an seiner Person bezahlt machen [6]). Ob auch die Hörigen für Delikte gegen ihren Herrn oder Ihresgleichen seinem herrschaftlichen Züchtigungsrechte unterlagen, ist bestritten [7]). Da indessen in der Regel [8]) auch bei

1) Wilda S. 99—101. 496. Gaupp R. der alten Sachsen S. 58. 130. Hildenbrand de vet. Sax. rep. p. 26. Henke I. S. 20.

2) Grimm R.A S. 681. 739. Waitz R. d. sal. Franken S. 201. s. L. Sal. XII, 1. 2. XXV, 4. 5. bes. XL.

3) L. Alamann. 37 (38). § 2. 3. L. Wisig. III, 4. 15. VII, 2. 21.

4) Ed. Roth. c. 142. L. Grim. c. 3. L. Bajuv. II, 5. 6. II, 6, 1. III, 15, 1. L. Burg. II, 3. IV, 2, 4. XXV, 2. XXVI, 4. XXXII. XXXIX, 5. L, 3. Gaupp Ges. d. Thüringer S. 411. s. auch Cap. Caris. a. 873. c. 3. (P. I. p. 520.)

5) Zöpfl II, 2. § 26. n. 21.

6) Gaupp Ges. d. Thüringer S. 411. Ders. R. d. alten Sachsen S. 119—122. vgl. L. Sax. XI, 2—5. L. Sal. XL, 4—6. L. Rip. XXX. Child. Decr. a. 596. c. 10. (P. I. p. 9.) L. Burg. XXI, 2.

7) Schaumann Gesch. d. niedersächs. Volks S. 96. 97. Zöpfl II, 2. § 27. Pardessus loi Sal. p. 483. 486. 589 ff. Gaupp Ges. d. Thür. S. 156—158.

8) Anders bei den Friesen und Sachsen. L. Fris. I, 8—10. 18. II, 5. 8. L. Sax. II, 4. s. auch L. Sal. L, 1.

ihnen eine Vertretung durch ihren Herrn eintrat [1]), so wird die Frage bejaht werden müssen, schon weil der Hörige im vorausgesetzten Falle gewöhnlich, wenn auch etwa die Sache zunächst vor den ordentlichen Richter hätte gebracht werden müssen, wegen mangelnder Vertretung und Unfähigkeit aus eigenen Mitteln zu büßen, in den Stand der Knechtschaft herabsinken mußte [2]). Es liegt aber in der Natur der Sache, daß gegenüber diesen Unfreien höherer Stufe das Herrenrecht jedenfalls in milderer Form ausgeübt werden mußte [3]), und dasselbe wird auch hier bei Delikten gegen Dritte eingetreten sein, wo gegen den von seinem Herrn nicht vertretenen Hörigen die öffentliche Gewalt statt der Buße mit Züchtigung einschritt. Schon hiemit fing aber nothwendig auch eine humanere Behandlung der Knechte an, und es begann hiemit eine Bewegung des herrschaftlichen, wie des dem herrschaftlichen analogen, öffentlichen Züchtigungsrechts zu civilisirteren Reaktionsformen [4]) hin, welche in ihrer vollen Bedeutung freilich erst dann hervortreten konnte, als nach und nach ein großer und immer größerer Theil des Freienstandes in die verschiedenst abgestuften Abhängigkeitsverhältnisse hinabzusinken anfieng.

Seit mit der Fixirung des Privateigenthums an Grund und Boden auch allmälig eine immer größere Ungleichheit im Maße des Grundbesitzes eintrat und neben der Klasse mittlerer Grundbesitzer einerseits größere Landherrn, andererseits landlose Freigeborene (meliores, minores) sich fanden, so wurden diese zwar sofort nicht bei allen Stämmen gleichbehandelt, was den Ansatz des Wergelds und das Maß in der Ausübung der Freiheitsrechte betrifft [5]). In Beziehung

---

1) L. Rip. XXXI, 1. L. Liutpr. c. 67. Xantener Gaurecht (Cap. 3. a. 813) c. 42. 44.

2) vgl. L. Bajuv. I, 11, 1. II, 1, 5. VIII, 4, 2. 23, 3. Marc. Form. II, 27. 28. Dipl. (Bréqu.) p. 83.

3) Wie schon gegenüber den servi regii und ecclesiastici. Diese scheinen theilweise noch zu viel besseren Zuständen gelangt zu sein. L. Rip. LVIII, 20. Fürth Ministerialen S. 10 ff. Guérard Irminon. p. 349—357.

4) Namentlich auch insofern, als der Herr nicht mehr willkührlich selbst richtete, sondern über den Unfreien durch seine Standesgenossen ein Urtheil finden ließ. s. die bei Göhrum Ebenbürt. I. S. 106. n. 6 angef. Stellen.

5) Die Sache ist freilich mannigfach bestritten. vgl. Montag Gesch. d. staatsb. Freih. I. § 2. 24. Welcker Staatsler. I. S. 283 ff. Waitz II. S. 178—185. v. Sybel S. 203—218. Zöpfl II, 2. § 9. 27. Eichhorn § 194—196. Göhrum Ebenbürtigkeit I. S. 55—62 u. not. S. 62—68. Wilda S. 421—424. 428.

auf ihre strafrechtliche Behandlung aber mußte der Natur der Sache nach überall der Grundsatz sich bilden, daß sie mit der Person einzustehen hätten, wo der begüterte Freie mit der Erlegung der Buße davonkam [1]). Je mehr der Zustand dieser landlosen Freien, wenn sie sich in Schutzherrschaft begaben, dem Zustand der Hörigen von verschiedenen Seiten sich näherte, um so weniger darf es auffallen, wenn auch ihre strafrechtliche Behandlung derjenigen wenigstens sehr ähnlich war, welche die Unfreien erfuhren, wenn ihr Herr sie nicht vertrat [2]). Gleichwohl trat den letzteren gegenüber der wesentliche Unterschied ein, daß dieses Strafrecht gegen unbegüterte Freie eben nur in ihrer Unfähigkeit, für die Buße aufzukommen, begründet war und in keiner Weise als Surrogat eines herrschaftlichen Züchtigungsrecht erschien [3]). Seit nun solche landlose Freie in verschiedene Arten von Schutzherrschaften eintraten, wurde zwar allerdings für ihren Schutzherrn jedes Mal die Pflicht begründet, sie vor Gericht zu stellen, wenn sie wegen Verbrechen belangt wurden [4]), und, wenn er dieser Pflicht nicht nachkam, war er für Buße und Schadensersatz verantwortlich. Allein der Unterschied war der, daß den Unfreien sein Herr zu vertreten hatte, obwohl er unter Umständen dieser Vertretungspflicht durch Auslieferung des Unfreien an den Verletzten oder an das Gericht sich ganz oder theilweise entschlagen konnte [5]). Dagegen war im andern Fall nicht der Herr, sondern der Schutzpflichtige als Freigeborener zunächst verantwortlich, wiewohl die Emen-

1) Denn die Familienbürgschaft, die hätte aushelfen können, kam ab. s. o. vgl. **Child. II. et Chlot. II. Pact.** c. 2. (P. I. p. 7.) **Chilp. Ed.** c. 9. (P. II. p. 11.)

2) L. **Wisig.** VIII, 3, 14. XII, 3, 17. **Child. decr.** c. 8. (P. I. p. 10.) L. **Alamann.** XXXIX, 2. L. **Baj.** II, 4, 4. VI, 1, 3. **Cap. Pip. inc. anni.** c. 1. 7. (P. I. p. 31.) **Cap. Langob.** a. 813. c. 4. (P. I. p. 192.) **Cap. Ludov.** I. a. 817. c. 15. (P. I. p. 213.)

3) Sie hatten als Freie ohne Vertreter vor dem ordentlichen Gerichte zu erscheinen. **Cap. Caris.** a. 873. c. 3. (P. I. p. 519. 520.) vgl. Göhrum I. S. 60. 61. n. 4 und zu der hier angef. von Montag mißbrauchten Stelle **Syn. Pist.** a. 862. (P. I. p. 481. 482.)

4) L. **Rip.** XXXI. Edmunds Ges. III, 3. L. **Guil. Conqu.** I. 49. Sehr unbestimmt spricht hierüber Waitz II. S. 169—175. 200—205. 295. 296 u. sonst. v. Sybel S. 214. n. 2 wirft mit Unrecht die Vertretung des Unfreien mit dieser Pflicht des Schutzherrn in Eins zusammen.

5) s. bes. L. **Sax.** II, 5. XI, 2—5. L. **Fris.** I, 13. L. **Bajuv.** II, 5. 6. VII, 2. 4. Gaupp Ges. d. Thür. S. 410—412. Ders. R. d. alt. Sachs. S. 119. 120. vgl. auch **Cap. ad Theod. vill.** a. 821. c. 1. 7. (P. I. p. 230.)

dationspflicht auf den Herrn übergehen konnte, wenn er seinen Mann dem Gerichte zu stellen unterließ. Wo es daher in diesen Fällen zu einer Exekution an Leib, Leben oder Freiheit des Schuldigen kam, da hatte die Strafe ursprünglich die Bedeutung einer öffentlichrechtlichen Genugthuung, wenn auch freilich nicht zu übersehen ist, daß das Verhältniß solcher minores und debiliores personae sehr zur Unfreiheit hinneigte; und ebenso fehlte es hier an der Möglichkeit eines eigenen Züchtigungsrechts (einer Patrimonialgerichtsbarkeit) des Schutzherrn [1]) in Fällen, wo er selbst durch Verbrechen seines Manns verletzt war.

So standen denn zwei äußerlich ähnliche, innerlich durchaus verschiedene Arten von öffentlichem Strafrecht neben einander. Das Mittel, sie gegen einander auszugleichen, wurde das Recht der Immunität in seinem innerlichen und äußerlichen Fortschreiten, indem durch die Unterordnung unter Einen Gerichtsherrn die Annäherung des Rechts der freien und unfreien Hintersassen sehr befördert wurde [2]). Zwar wurden die Insassen des gefreiten Bezirks zunächst noch keineswegs von der Verbindung mit dem ordentlichen Gerichte ganz abgeschnitten [3]). Vielmehr konnte ein durch einen Dritten verletzter Insasse jenen (falls er nicht selbst zu einer andern Immunität gehörte) nur beim Grafending belangen [4]). Handelte es sich dagegen um Verbrechen des Insassen gegen einen Dritten, so hatte dieser oder in seinem Interesse der ordentliche Richter sich allerdings zunächst an den Immunitätsherrn zu wenden, damit dieser seinen Insassen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit nöthige [5]). Wenn aber der Herr dies nicht oder doch nicht zur Zufriedenheit des Klägers

---

1) Inwieweit eine niedere, gutsherrliche Gerichtsbarkeit in diesen Verhältnissen sich entwickelte, darüber s. Waitz II. S. 291—294. 578. not. 3. v. Sybel S. 213—218. vgl. Grimm Vorr. z. Merkel's Ausg. d. l. Sal. p. XI—XIV. Zu weit geht Warnkönig I. S. 153. 154, während Pardessus, den er tadelt, ganz die richtige Grenze einhält.

2) Eichhorn in der Zeitschr. f. gesch. R.W. I. S. 201 ff. Zöpfl II, 2. § 15. not. 4. Gaupp Ansiedlungen S. 571. Göhrum I. S. 160—165. 180—187.

3) s. Stellen bei Eichhorn a. a. O. S. 191 ff. u. bei **Pardessus** loi Sal. p. 583 sq.

4) v. Löw S. 71. n. 75.

5) Cap. Longob. a. 782. c. 6. (P. I. p. 43.) Cap. Longob. a. 803. c. 16. (P. I. p. 111.) vgl. Cap. de villis a. 812. c. 52. (P. I. p. 185.) **Marc. Form. I. 3. 4. Dipl. Zwenteb. a. 898. (Pfeffinger Vitriar. ill III. p. 1059.)**

that, so schritt der ordentliche Richter ein, indem er entweder den Herrn durch Einlagerung zu einem gerechteren Urtheil [1]) zwang oder denselben geradezu vor das ordentliche Gericht lud. Wo es sich um Lebens- oder Leibesstrafen handelte, brauchte der öffentliche Beamte sich sogar in der Regel gar nicht erst an den Immunitätsherrn um Austrag der Sache zu wenden, sondern konnte geradezu die Auslieferung des Insassen verlangen [2]). Indessen war es doch auch im letzteren Falle der Herr, welcher den Insassen dem ordentlichen Gerichte zu stellen hatte [3]). Ja es kommen Fälle von Immunitätsverleihungen vor, wo der Immunitätsherr auch bei Streitigkeiten mit Dritten die Befugniß erhält [4]), die Verhandlung vor dem Gaugericht abzubrechen und die Sache vor den König zu ziehen. Aber auch da, wo der Immunitätsherr erst nur vorläufig um eine gerechte Schlichtung des Handels angegangen werden mußte, war seine Thätigkeit zwar noch keine eigentlich richterliche, stand jedoch einer solchen so nahe, daß sie sehr leicht darein übergehen konnte [5]), wie dieß denn auch seit dem Ende des 9. Jahrhunderts in der Regel geschah. Jedenfalls endlich war in Beziehung auf Verbrechen der Immunitätsgenossen gegen einander oder gegen den Herrn insofern kein Unterschied, als über alle diese dem Herrn unbedingt die Gerichtsbarkeit und namentlich auch der Blutbann zustand [6]).

Freilich war nun mit dieser Einheit der Gerichtsbarkeit noch nicht sofort auch eine Gleichheit der strafrechtlichen Behandlung für freie und unfreie Hintersassen gesetzt [7]). Allein der Anlaß zu einer allmäligen Verschmelzung beider Klassen in dieser Beziehung war offenbar mit der Uebertragung der öffentlichen Gewalt an einen

---

1) vgl. auch Cap. Ludov. I. a. 817. p. 23. 24. (P. I. p. 214.)

2) Cap. Franc. a. 779. c. 9. (P. I. p 36.) Cap. a. 803. c. 2. (P. I. p. 113.) Cap. a. 853. c. 4. (P. I. p. 424.) Ed. Pist. a. 864. c. 18. (P. I. p. 492.)

3) Conv. Ticin. a. 855. c. 3. (P. I. p. 435.) Cap. Caris. a. 873. c. 3. (P. I. p. 520.)

4) s. Stellen bei v. Sybel S. 260. vgl. Montag Gesch. d. staatsbürgerl. Freiheit I, 2. § 5. 6.

5) Eichhorn a. a. O. S. 194—196. Pardessus p. 591—593.

6) Cap Bajuv. a. 803. c. 1. (P. I. p. 127.) Cap. de vill. a. 812. c. 4. 52. (P. I. p. 181. 183.) vgl. Pardessus p. 593. 594. v. Sybel S. 252. 261. 262. Waitz II. S. 575. n. 2. 3. A.M. v. Löw S. 71. 72. 155. 156.

7) s. bes. Cap. de vill. c. 4. cit. v. Löw S. 72.

Privaten als privatrechtlichen Inhaber gegeben [1]). Denn wenn schon die Gerichtsbarkeit in der Hand des Königs und der öffentlichen Beamten keinen rein staatlichen Charakter, sondern daneben einen privatrechtlichen Beisatz hatte, so mußte in der Hand des Immunitätsherrn gerade das letztere Element vorwiegen, obgleich das erstere keineswegs fehlte [2]). Die Strafe an Leben, Leib und Freiheit erreichte den Begriff der öffentlichen Genugthuung nicht ganz, und andererseits streifte sie den Charakter einer herrschaftlichen Züchtigung nicht ganz von sich ab. Das erstere Element kam den unfreien Hintersassen zu gut; das letztere wurde den Freien zum Nachtheil, um so mehr als abgesehen von den Fällen, die man überhaupt für unsühnbar ansah, der gedachten, strafrechtlichen Behandlung denn doch in der Regel auch von den freien Hintersassen nur diejenigen unterlagen, welche eine Buße nicht erschwingen konnten und schon deßhalb der Hörigkeit näher standen [3]). Natürlich machte sich das letztere Moment ganz ebenso im Grafendinge geltend, wenn hier ein minofledus wegen Armuth mit der Person herhalten mußte.

Nach allem diesem ist es ein unläugbarer Fortschritt der fränkischen Periode, daß unter den Auspizien der positiven, vom Königthum vertretenen Staatsgewalt an die Stelle des negativen Begriffs der Friedlosigkeit, die nur zu gesetzlich gestatteter Selbsthilfe Seitens der Gemeinde oder des Einzelnen und seines Geschlechts führte, nunmehr der positive Begriff der öffentlichen Strafe zur Anerkennung gebracht war. Allerdings aber war diese Anerkennung eine mehrfach bedingte. Denn theils waren es doch immer verhältnißmäßig nur wenige Delikte [4]), welche schlechthin für unsühnbar angesehen wurden (wobei aber gleichwohl ausnahmsweise wieder eine Lösung vorkommen konnte), theils war die Unterscheidung zwischen causae majores und minores eine stets schwankende und fließende [5]). Dazu

1) Dieses Moment bleibt dasselbe, mag man nun die Gerichtsbarkeit auf den königlichen Gütern selbst schon als Patrimonialgerichtsbarkeit (wie v. Sybel) oder als ein durch die Unklarheit der Auffassung der königlichen Gewalt gegebenes Mittelding zwischen königlicher und Staatsgerichtsbarkeit bezeichnen. vgl. Waitz II. S. 575. n. 1.

2) Dieses Verhältniß gibt Warnkönig I. S. 149 richtig an.

3) vgl. Wilda S. 487.

4) Cap. Sax. a. 797. c. 9. (P. I. p. 76.) Cap. Car. II. a. 857. c. 3. (P. I. p. 455.) vgl. Ludov. P. u. Car. Calv. Praec. pro Hisp. c. 2. resp. 3 bei Walter II. p. 290. III. p. 20. Eichhorn §. 206.

5) Am wenigsten kann man wohl mit Zöpfl II, 2. § 129 von einem

kam dann, daß auch bei Fällen, die nicht an sich als unsühnbar galten, gleichwohl wegen Insolvenz des Thäters öffentliche Strafen zur Anwendung kamen [1]), und daß eben hier der Punkt war, wo der Begriff der öffentlichen Strafe seine Reinheit verlor und von dem Charakter herrschaftlicher Züchtigung, wie sie gegen Unfreie üblich war, angesteckt wurde [2]).

Diese ganze Entwicklung des öffentlichen Strafrechts weist aber von selbst auf die hauptsächliche Schranke hin, welche sie in dem durch die neue Staatsidee noch keineswegs bewältigten, alten Freiheitsbegriffe fand. Mit Hartnäckigkeit bestand dieser noch immer auf der alten Weise der Genugthuung durch Fehde [3]) und Buße, und gerade nur um so mehr, je deutlicher allmählig jene Zwitternatur der öffentlichen Strafe zum Bewußtsein kam. Sowohl die merovingischen, als die karolingischen Könige suchten vergebens die Fehde zu unterdrücken [4]). Für die massenhafte Fortdauer des Bußrechts zeugt die Gesammtheit der deutschen Volksrechte [5]) im Gegensatz namentlich zu dem westgothischen Rechte. Besonders scheint es in der Politik der karolingischen Herrscher gelegen zu haben, gerade durch eine genauere Ausbildung des Bußrechts der Selbsthilfe indirekt entgegenzuwirken [6]), wobei man nur nie übersehen darf, daß damals durch die schon sehr weit gediehene Umwälzung der Grundbesitzverhältnisse und ihre unabwendbare Einwirkung auf die gesellschaftlichen Zustände diese Form des Strafrechts bereits nur noch auf die Minderzahl der Bewohner des Reichs Anwendung litt.

---

festen Unterschiede nach Analogie der römischen Eintheilung in crimen u. del. priv. reden. vgl. Wilda S. 276. 277.

1) L. Wisig. VIII, 3, 14. XII, 3, 17. L. Alamann. XXXIX, 2. L. Bajuv. II, 4, 1. 4. VI, 1, 2. 3.

2) Cap. Pip. c. 4. 7. (P. I. p. 31.) Const. Olonn. a. 823. c. 4. (P. I. p. 232. 233.) Wilda S. 487. v. Sybel S. 206.

3) Greg. Tur. III, 35. V, 5. 33. VI, 17. 36. VII, 2. 3. 47. VIII, 18. IX, 17. 27. X, 27. L. Sal. em. LXIX, 3. (vielleicht auch XLIII, 12.) vgl. hiezu Pardessus p. 655. 657—660. Waitz Recht d. Sal. S. 186. 187 n. 2.

4) Cap. Franc. a. 779. c. 22. (P. I. p. 39.) Cap. Aquisgr. a. 802. c. 32. (P. I. p. 95.) Cap. in Theod. vill. a. 805. c. 5. (P. I. p. 133.) Pardessus p. 655. 660. Eichhorn § 207.

5) s. bes. L. Bajuv. II, 1, 3. 4. Eine Ausnahme macht nur die l. Sax., wobei die Vergleichung mit der lex. Fris. interessant ist. Wilda S. 99—104.

6) Sehr mit Unrecht erklärt sich Stein Gesch. d. franz. Strafr. S. 165 gegen die Bezeichnung: Kompositionssystem; aus dem bisher Angef. geht überhaupt hervor, daß er die Entwicklung des Strafrechts in dieser ganzen Periode nur mit halbem Auge angesehen hat. vgl. Wilda S. 100. 104. 113. 114. 485. 486.

Mehr als irgend etwas, ist es jedoch für den Grundcharakter jenes fränkischen Staats bezeichnend, daß dieselbe Verwirrung zwischen öffentlichem und Privatrecht, welche dem Strafrecht innerhalb der Immunitäten einen so eigenthümlichen Stempel aufdrückte, nur in anderer Weise auch in der Sphäre des Strafrechts der Freien im e. S. sich geltend machte. Nicht nur nämlich, daß hier das Verbrechen, wofür Buße und Friedensgeld gezahlt werden mußte, überhaupt noch dieselbe Zwitternatur wie in der vorigen Periode zeigte, wenn auch in Beziehung auf die Verfolgung des Verbrechers die öffentliche Macht jetzt energischer sich geltend machte [1]); — diese Seite der Sache ist bekannt genug. Dagegen muß eine andere um so stärker hervorgehoben werden.

An die Stelle des Gemeindefriedens war der Königsfrieden getreten [2]). Darin lag nun allerdings zunächst dieß, daß der König mit seinen Beamten [3]) das gemeine Wesen zu vertreten habe; eben hierauf ist der Verwaltungsorganismus des karolingischen Staats gebaut. Allein eben damit drang die allgemeine Unfähigkeit, zwischen dem Amte und der Person des Königs zu unterscheiden, auch in die Verwaltung der Strafrechtspflege ein.

Im Namen des Staates wurde zunächst (im Gegensatze gegen die Immunitäten) die Strafjustiz von den an die Gauverfassung geknüpften Beamten der karolingischen Monarchie verwaltet. Vor den Centenarius gehörten wenigstens in dieser Zeit [4]) Blutbannsfälle nicht mehr, wogegen geringere, peinliche Fälle allerdings vor seinem Gerichte verhandelt werden konnten [5]). Das regelmäßige Gericht in peinlichen Sachen war jedenfalls das des Grafen, neben welchem der Centenar der Natur der Sache nach immer mehr in

---

1) s. o. S. 95. 96.

2) Wilda S. 253. 254. 490 n. 1. v. Sybel S. 219. 230.

3) Darunter gehörten nun in der karolingischen Zeit auch die centenarii, wenn auch immer bei ihrer Ernennung dem Volke noch ein Antheil gestattet wurde. Cap. Aquisgr. a. 809. c. 11. (P. I. p. 156.) vgl. Cap. a. 805. c. 12. (P. I. p. 134.) L. Alamann. XLI, 1. und die schon mehrfach angeführten Dekrete Childeb. II. und Chlotars II. Eichhorn §. 164. Unger altdeutsche Ger. Verf. S. 141 ff. 173 bis 176. 195—200. 211.

4) Ueber die früheren Verhältnisse s. verschiedene Ansichten bei Rogge S. 50—52. Eichhorn §. 74 n. e—g. v. Löw S. 130 n. 291. Warnkönig I. S. 153. Waitz II. S. 312—317. 425—438. (s. aber L. Ripuar. L, 1. L. Alam. XXXVII, 2. 3. 4. 6. und Waitz selbst S. 428. 433.)

5) Cap. Aquisgr. a. 812. c. 4. (P. I. p. 174.)

den Schatten treten mußte [1]). Während unter den Merovingern der Graf selbst auf den materiellen Theil des Urtheils den bedeutendsten Einfluß gehabt und meist auf seine eigene Verantwortung hin Strafen diktirt und vollzogen zu haben scheint [2]), war unter den Karolingern das Recht des Volks auf die Urtheilfindung wiederhergestellt [3]). Eben deßhalb kann es auch nicht wohl auf den Grafen angekommen sein, ob der Schuldige die Strafe erhalten sollte oder den Leib mit Geld lösen durfte [4]). Ein höheres Gericht war unter den Karolingern das des Missus, mit der Bestimmung, solche Fälle abzuurtheilen, in welchen der ordentliche Richter die Justiz verzögert oder verweigert, oder welche er nicht zu Ende zu bringen vermocht hatte [5]). Endlich hegte der König selbst ein höchstes Gericht. In der merovingischen Zeit gehörte hieher sehr Vieles [6]). Abgesehen von der ganz willkührlichen Strafgewalt, in deren Ausübung sich die Könige hier nicht selten gefielen [7]), war es ihre regelmäßige Befugniß, über den, welcher sich hartnäckig vor Gericht zu erscheinen weigerte, die Friedlosigkeit zu verhängen [8]) und über das Leben jedes freigeborenen Franken zu entscheiden, wenn er ein vom Gesetz als todeswürdig bezeichnetes Verbrechen begangen hatte [9]). Klagen über Staatsverbrechen waren ohne Zweifel dort anzubringen,

---

1) v. Sybel S. 230.

2) vgl. übrigens Eichhorn § 75. v. Sybel S. 231—236. Waitz II. S. 327—329. 434.

3) Cap. in l. Sal. mitt. a. 803. c. 10. (P. I. p. 114.) Cap. min. a. 803. c. 3. (P. I. 115.) Cap. Aquisgr. a. 809. c. 22. (P. I. p. 156.) Cap. Aquisgr. a. 813. c. 13. (P. I. p. 188.)

4) s. d. zuletzt angef. Stelle, in welche Eichhorn § 207 not. 1 mit Unrecht ein arg. a contr. hineinlegt. In den not. m. n. angef. Fällen ist die Lösung gesetzlich zugelassen, bedarf also nicht erst einer Gestattung des Grafen. Die l. Sal. spricht von der Lösung nur bei Verbrechen der Grafen selbst (L, 4. LI, 2) und bei Verbrechen der Sklaven, bei welchen es auf den guten Willen ihres Herrn ankam (12, 1. 2. 25, 4. 5. 40, 1. 2. 7.)

5) Cap. Aquisgr. a. 812. c. 8. (P. I. p. 174.) vgl. Cap. Aquisgr. 802. c. 1. (P. I. p. 91) Cap. miss. a. 825. c. 2. (P. I. p. 247.)

6) s. überh. Pardessus loi Sal. p. 567—571. Waitz II. S. 135 bis 137. 451—464.

7) vgl. Greg. Tur. V, 21. 29. VIII, 11. 12. 30. X, 22.

8) L. Sal. (ed. Waitz) LVI, 2. Später stand dieß den Grafen zu. vgl. Cap. Aquisgr. a. 809. c. 4. (P. I. p. 156.) vgl. noch Chilp. E. c. 9. (P. II. p. 11.)

9) Childeb. Decr. c. 8. (P. I. p. 10.) Chilp. Ed. c. 7. (P. II. p. 11.) L. Rip. LXXIII, 1. LXXIX., vielleicht auch über gefährliche Subjekte, die nicht verbürgt waren. Pardessus p. 168.

aber auch andere [1]). Außerdem bildete das Gericht des Königs eine freilich nicht streng geregelte, höhere Instanz bei Beschwerden über Justizverzögerung, Rechtsverweigerung oder falsche Entscheidung [2]), und es war die natürliche Behörde für die Delikte der Beamten selbst [3]). Inwieweit schon jetzt ein privilegirter Gerichtsstand für die Hofbeamten und Antrustionen sich bildete, mag dahingestellt bleiben [4]). Zur Zeit der Karolinger war nun jedenfalls die königliche Gerichtsbarkeit mehr geregelt, und gegenüber dem früheren Zustand theils beschränkt, sofern Aechtung und Verhängung von Lebensstrafen über freie Personen nicht mehr ausschließlich Sache des Königs waren [5]), theils erweitert, sofern nun nicht nur die Grafen, sondern entschieden alle Potentiores [6]) den besondern Gerichtsstand vor dem König hatten [7]), überdieß aber durch das Ueberhandnehmen der verschiedenartigen, familien- und dinglichrechtlichen, besonderen Verbindungen mit dem König eine außerordentliche Ausdehnung dieses privilegirten Gerichtsstandes jedenfalls vorbereitet wurde [8]). Auch jetzt geschah es wenigstens häufig, wenn auch nicht immer, daß Majestätsverbrecher oder überhaupt solche, deren Delikte eine Nichtachtung der königlichen Gewalt und Würde oder einen Bruch der Treue gegen den König enthielten, vor das königliche Gericht gezogen wurden [9]).

1) L. Sal. XVIII.

2) Marc. Form. I, 25. 28. Chilp. Ed. c. 7. (P. II. p. 11.) Greg. Tur. VII, 23. L. Sal. LVI. L. Rip. XXXII, 4.

3) Greg. Tur. X, 5. Chlotath. I. Const. c. 6. (P. I. p. 2.) Aehnlich bei den Bischöfen, bis die Kirche sich vom Staat emanzipirte. Greg. Tur. VIII, 43.

4) Waitz II. S. 457. Lezardière III. p. 6. Warnkönig I. S. 149. vgl. Cap. Pip. R. c. 7. (P. I. p. 31.) Eichhorn § 164 a. E.

5) s. Cap. Noviomag. a. 808. c. 2. (P. I. p. 152) u. ob. n. 324. Cap. Bonon. a. 811. c. 4. (P. I. p. 173.) vgl. Cap. Ludov. I. a. 817. c. 7. 9. (P. I. p. 211.) Ed. Pist. a. 864. c. 6. (P. I. p. 490.)

6) Cap. Aquisgr. a. 812. c. 2. (P. I. p. 174.) vgl. mit Cap. Aquisgr. a. 813. c. 12. (P. I. p. 188.)

7) vgl. übrigens Eichhorn § 164. Montag Gesch. d. staatsb. Freih. I, 1. S. 162 ff. v. Löw S. 119. not. 253. 254 u. die b. Göhrum Ebenbürt. I. § 12. n. 7. (S. 81. 82) u. S. 106—108. n. 8—10 angef. Stellen.

8) Waitz II. S. 457.

9) Cap. min. a. 803. c. 4. (P. I. p. 115.) Cap. Longob. a. 786. c. 7. (P. I. p. 51.) Cap. misso data. a. 803. c. 5. (P. I. p. 122.) Cap. Ludov. I. a. 817. c. 13. (P. I. p. 212.) c. 16. 20. eod. (p. 213.) Cap. Aquisgr. a. 825. c. 15. (P. I. p. 244.) c. 18. eod. (p. 245.) c. 25. eod. (p. 246.) Cap. Wormat. a. 829. c. 4. 7. 8. 10. (P. I. p. 351. 352.) c. 3. 4. eod. (p. 353.) Cap. miss. data. a. 865. c. 3. (P. I. p. 501.)

Dasselbe kam auch bei andern Verbrechen hie und da vor [1]). Auch jetzt war ferner das königliche Gericht als höhere Instanz thätig, wenn Klagen über Justizverzögerung oder Verweigerung (soweit nicht etwa durch die missi abgeholfen werden konnte) oder über ungerechtes Urtheil eines ordentlichen Gerichts erhoben wurden [2]). Ueberhaupt aber war dieses Gericht dazu bestimmt, überall nachzuhelfen, wo es den ordentlichen Gerichtsbeamten nicht gelang, mit ihrer eigenen Macht dem Gesetze Geltung zu verschaffen, oder wo diese selbst sich Verfehlungen zu Schulden kommen ließen [3]).

Mit dieser Organisation einer geordneten Rechtspflege hieng das wiederholte Verbot der Fehde, wie die Androhung öffentlicher Strafen für viele Verbrechen, die früher nur Buße nach sich gezogen hatten, genau zusammen [4]). Allein jene ganze, nach römischem Muster eingerichtete, politische Schöpfung, die unter Karl d. Gr. noch Kern, unter seinen Nachfolgern Schale war, vermochte die den Staat in seinem Oberhaupte personifizirende Anschauungsweise so wenig zu bewältigen, als die aus den Grundbesitzverhältnissen entspringende, unter ihrer Oberfläche unaufhaltsam fortgährende Umwälzung der gesellschaftlichen Ordnung, welche zuletzt zu der Bildung von Staaten im Staate führte [5]).

Auch im Strafrechte machte sich die Doppelnatur des fränkischen Königthums sehr charakteristisch geltend. Wie wenig durchgreifend zunächst die Ausdehnung des reinen Verbrechensbegriffs auf den Kreis der Delikte gegen die Persönlichkeit war, ergibt sich

1) z. B. Cap. Ludov. I. a. 817. c. 7. (P. I. p. 211.) Cap. Wormat. a. 829. c. 6. (P. I. p. 352.)

2) Cap. Pip. c. 7. (P. I. p. 31.) Cap. Sax. a. 797. c. 4. (P. I. p. 76.) Cap. in Theod. vill. a. 805. c. 8. (P. I. p. 133.) Cap. Bajuv. a. 803. c. 7. (P. I. p. 127.) Cap. de disc. pal. a. 809. c. 6. (P. I. p. 158.) Cap. miss. dat. a. 865. c. 12. (P. I. p. 502.) Marc. Form. I, 27.

3) Cap. Franc. a. 779. c. 22. (P. I. p. 39.) Cap. Aquisgr. a. 802. c. 32. (P. I. p. 95.) Cap. in Theod. vill. a. 805. c. 12. (P. I. p. 134.) Cap. missor. a. 817. c. 1. 13. (P. I p. 217.) Resp. misso dat. a. 819. c. 5. (P. I. p. 227.) Cap. Aquisgr. a. 825. c. 8. (P. I. p. 244.) c. 17. 20. 21. eod. (p. 245.) Cap. missor. a. 825. c. 2. 3. (P. I. p. 247.) Cap. Worm. a. 829. c. 4. (P. I. p. 351.) c. 7. eod. (p. 354.) Ed. Pist. a. 864. c. 3. 18. (P. I. p. 489. 492.) c. 35. eod. (p. 498.)

4) Man kann hierher auch den Einfluß rechnen, den die Könige durch ihre Beamten auf Wahl und Thätigkeit der Schöffen ausübten. Maurer Altdeutsche Ger.Verf. S. 65 ff. Unger altd. Ger.Verf. S. 169 ff. Endemann de Scabinis p. 18—34. Klenze Lehrb. d. Strafverf. S. 19. 20.

5) v. Sybel S. 264—267. Mein Wendep. S. 166—169.

sogleich theils aus der Willkührlichkeit der Abgrenzung zwischen den causae majores und minores, die stets schwankend blieb [1]), theils aus der Beibehaltung des Bußsystems [2]), womit auch das Prinzip der Fehde beibehalten wurde, theils aus der Leichtigkeit, womit auch den gesetzlich anerkannten, öffentlichen Strafen so oft wieder durch Annahme einer Lösung Abbruch geschah [3]). Wie nun jenes Strafrecht, soweit es gegen Freie gehandhabt wurde, großentheils nur als Surrogat oder Accessorium der Privatgenugthuung erschien, so wurde auch der verletzte, gemeine Friede als solcher und das Recht seines Vertreters, des Königs, keineswegs gehörig auseinandergehalten.

Zunächst gehörte es noch zur politischen Auffassung des Königthums, wenn man eben die causae majores als Brüche des Königsfriedens [4]) ansah und namentlich Wittwen, Waisen und Wehrlose als unter besonderem Königsfrieden stehend betrachtete [5]): ebenso wenn man denjenigen einen höheren Frieden beilegte, welche auf dem Wege zum Könige waren, um bei ihm Recht zu suchen, oder denjenigen, welche er in öffentlichen Geschäften verschickte [6]). Dagegen zeigte sich schon eine Vermischung der Person des Königs mit einer staatlichen Stellung darin, daß ein höherer Friede sich überhaupt an die Person des Königs knüpfte und für alle in seiner unmittelbaren Umgebung befindlichen Personen und Sachen eine höhere Unverletzlichkeit bewirkte [7]), wenn namentlich Entwendung

1) Ueberdieß blieb eine ganze Reihe von Uebelthaten, um die sich der weltliche Staat gar nicht kümmerte, der Strafgesetzgebung und Jurisdiktion der Kirche überlassen; auch war das öffentliche Strafrecht nur das Strafrecht eines Staats, der nicht viel mehr, als die Idee des gemeinen Landfriedens zu seinem Inhalte hatte.

2) z. B. Cap. a. 803. c. 13. (P. I. p. 120.) Cap. Franc. a. 779. c. 22. (P. I. p. 39.) Cap. Aquisgr. a. 805. c. 5. (P. I. p. 133.) Cap. a. 817. c. 13. (P. I. p. 212.) Ed. Rothar. c. 74. 143.

3) z. B. Cap. Aquisgr. a. 809. c. 1. 2. (P. I. p. 155.)

4) Cap. Sax. a. 797. c. 9. (P. I. p. 76.)

5) Wilda S. 256. 257. Kraut Vormundschaft S. 77 ff. Bezeichnend ist aber, daß die Ertheilung des höheren Friedens an Einzelne oder an ganze Klassen von Personen stets mehr oder weniger als Ausfluß königlicher Willführ angesehen wurde. vgl. L. Edw. Conf. c. 12.

6) L. Alamann. XXIX, 2. Ed. Rothar. c. 18. L. Sax. V, 1. Cap. Paderbr. a. 785. c. 26. (P. I. p. 50.) L. Fris. XVII, 2. L. Alamann. XXX. L. Sal. em. XV, 4. Cap. Sax. a. 797. c. 7. (P. I. p. 76.) Schwankend spricht sich hierüber Wilda aus S. 261. 262.

7) Aethelb. Ges. c. 3. Ed. Roth. c. 36. L. Baj. II, 11. 13.

oder Beschädigung königlichen Eigenthums härter gebüßt werden mußte [1]). Ganz besonders aber floßen die Begriffe von Königsfrieden und Königsrecht in dem Institute des Königsbanns ineinander. Das alte Friedensgeld kam nun an den König, weil er nun das Gemeinwesen vertrat [2]); aber, was er nur im Namen des Staats erhalten sollte, wurde bald als eine Forderung angesehen, die er für sein verletztes Recht zu machen habe [3]). Ebenso fing man andererseits an, Bußen, die an den König wegen Verletzungen seiner persönlichen Rechte gezahlt werden mußten, als Friedensgelder zu betrachten [4]). In dem Königsbanne verschmolzen beiderlei Auffassungen [5]), und die relative Ohnmacht der Staatsidee hinsichtlich der Durchführung des Verbrechens- und Strafbegriffs erschien äußerlich in der scheinbaren Willkühr, womit die Könige theils selbst unter Königsbann dingten, theils ihre Beamten darunter dingen ließen [6]). Unter die Bannfälle gehörten nämlich vorzüglich solche, wobei ein besonderes Schutzrecht des Königs oder eine seiner besondern Prärogativen verletzt war, außerdem aber freilich verschiedene schwere Friedensbrüche, besonders solche, bei welchen der König selbst einzuschreiten pflegte, oder seine Beamten als in seinem speziellen Auftrag richtend angesehen wurden [7]). Diese Fälle er-

1) L. Alamann. XXXI. XXXII. L. Baj. II, 13.

2) Ueber einzelne Anomalieen bei Sachsen und Friesen s. v. Sybel S. 74—77. vgl. L. Baj. IX, 4, 3. Ines Ges. c. 6. § 3. c. 7. pr. c. 10. 13—15. L. Fris. III, 1. 2. 8. X. XVI. XVII, 5. XXI, 1 sq. L. Rip. LXXXIX. Waitz II. S. 535—537.

3) L. Henr. I. c. 12. pr. § 1. c. 79. § 6. vgl. Wilda S. 453. n. 1. S. 454. n. 6. S. 469. 470.

4) Wilda S. 452. 471. 472.

5) Die etwas unklare Darstellung bei Wilda S. 472 ff. ergibt jedenfalls soviel, daß beide Momente zusammenwirkten. s. L. Rip. LVIII, 12. 13. Aethelr. Ges. VI, 25. L. Henr. I. c. 10. vgl. Cap. Miss. a. 817. c. 27. (P. I. p. 218.) Cap. miss. dat. a. 803. c. 5. (P. I. p. 122.) vgl. v. Woringen S. 154. 159. 161. 162. 166—168. Waitz I. S. 176. II. S. 537. n. 3. 4.

6) Cap. Paderbr. a. 785. c. 31. (P. I p. 50.) Cap. Sax. a. 797. pr. c. 3. 9. (P. I. p. 75. 76.) Cap. a. 802. c. 57. (P. I. p. 101.) Cap. miss. dat. a. 803. c. 5. (P. I. p. 122.) Cap. leg. Baj. add. a. 803. c. 3. (P. I. p. 126.) Wilda S. 477. n. 3. S. 478.

7) Cap. de banno. a. 772. (P. I. p. 34.) Cap. Paderbr. a. 785. c. 19—21. 24—28. 31. (P. I. p. 49. 50.) Cap. Langob. a. 813. c. 10. 12. (P. I. p. 193.) Cap. Ludov. I. a. 817. c. 4. 5. (P. I. p. 211.) — Cap. Franc. a. 779. c. 19. (P. I. p. 38.) Cap. Mant. a. 781. c. 7—9. (P. I. p. 41.) L. Rip. LX, 3. LXV. LXXIII. Cap. a. 817. c. 30b. (P. I. p. 218.) Wilda S. 481—483.

schienen jetzt als Königsbannfälle, weil die Idee des Staats im König aufging [1]). Zugleich wurde nun der Wille des Königs die höchste Instanz, für welche auch der auf dem Königthum begründete Beamtenorganismus keine absolute Schranke bildete [2]). Wenn aber das Friedensgeld bei Privatverbrechen sich in Königsbuße verwandelte, so erschien folgerichtig auch das subsidarische Strafrecht für diese Fälle als etwas, worüber der König verfügen könne [3]). Daher konnte dieser dem Verbrecher die Lösung von Leib oder Leben mit Geld gestatten, sobald nur dieses aufzubringen war; und unbeschränkt von dem Rechte des Bußberechtigten konnte er es da thun, wo ein solcher gar nicht vorhanden war. Der Friedensbruch ward gleichsam zu einem Rechtsbruch gegen den König [4]).

Nach allem diesem zeigte das Strafrecht der fränkischen Periode einen bedeutenden Fortschritt. Aber der wesentliche Charakter dieses Fortschritts war die Halbheit nach Umfang und Inhalt.

Was zunächst das Bußwesen betrifft, so verschwinden in diesem Zeitraum die letzten Spuren der alten Geschlechts- und Familienbürgschaft, der activen und passiven Theilnahme der Familie am Wergelde, und es wird anerkannter Grundsatz, daß der Thäter allein für seine Schuld büßen müsse [5]). — Ferner wird der Be-

---

1) Diese Auffassungsweise wurde freilich später in Frankreich und England das Mittel, um das Strafrecht dem Feudalismus zu entziehen und dem Staate zu gewinnen. **Pardessus** loi Sal. p. 595 ob. **Biener** Beitr. z. Gesch. d. Inquis.Proz. S. 241. **Stein** Gesch. d. franz. Strafr. S. 173. 413—417. 460. Vorerst aber hatte sie die umgekehrte Wirkung, jene feudalistischen Gestaltungen vorzubereiten. Ueb. das Wergeld d. Königs bei d. Angels. s. **Wilda** S. 413.

2) **Cap. Aquisgr.** a. 813. c. 11. (P. I. p. 188.) vgl. mit **L. Alam.** XXV. **L. Bajuv.** II, 4, 3. 4. (hier hat der dux zum Theil die Rechte des Königs.)

3) **L. Bajuv.** II, 5, 1. **Ed. Roth.** c. 36. 163. **Ines** Ges. c. 6. **Cap. Franc.** a. 779. c. 22. (P. I. p. 39.) **Cap. Sax.** a. 797. c. 9. (P. I. p. 76.) **Cap. in Theod. vill.** a. 805. c. 5. (P. I. p. 133.) **Cap. Aquisgr.** a. 809. c. 1. 2. (P. I. p. 155.) **Cap. Aquisgr.** a. 813. c. 13. (P. I. p. 188.) **Cap.** a. 817. c. 9. 13. (P. I. p. 211. 212.) **Cap. Worm.** a. 829. c. 6. 7. (P. I. p. 352.) **Missor. cap.** a. 857. c. 3. (P. I. p. 455.) **L. Rip.** LXXIX.

4) Dieß ist namentlich auch bei **Stein** S. 163—165 übersehen. vgl. **Jarcke** Handb. I. S. 25—29.

5) Ueber die nordischen Rechte s. **Wilda** S. 372—385. vgl. **Aethelb.** Ges. 21. 23. **Aelfreds** Ges. c. 27. **Aethelr.** Ges. VI, 18. **Edmunds** Ges. II, 1 und über den Halsfang **Anhang** VII, 1. 5. 6. **L. Henr.** 70. § 2. 6. 8. **L. Sal.** LVIII. LXII. (ed. Waitz). **Childeb. Decr.** c. 5. (P. I.

griff der Buße selbst jetzt feiner ausgebildet [1]) und, wo es angeht (namentlich bei Eigenthumsverbrechen), in verschiedene Momente auseinandergelegt. Nicht nur nämlich scheidet sie sich jetzt auch stets in eine dem Verletzten zu entrichtende Genugthuung (Buße im e. S., Wergeld) und in ein an den König als den Vertreter des Staats zu zahlendes Friedensgeld [2]), wobei freilich in den Grundzahlen der Buß-, Wergelds- und Friedensgeldsansätze, sowie in dem Verhältniß zwischen der Größe der Buße und der des Fredums keine Uebereinstimmung zwischen den verschiedenen Völkerschaften und in verschiedenen Entwicklungsperioden ihrer Rechte angetroffen wird [3]); — sondern es treten jetzt noch weitere Unterscheidungen hervor. Von der Buße im e. S. (faidus, emenda, satisfactio, compositio) wird jetzt auch, wo dieß möglich ist, das capitale und die delatura abgetrennt, und ebendamit die strafrechtliche Bedeutung der Buße verstärkt [4]). Capitale bezeichnet den Schadensersatz oder die unmittelbare Rückerstattung der entzogenen Sache [5]). Unter delatura (dilatura, dilatio) [6]) hat man das Verschiedenste verstanden: bald eine Buße für Prozeßverzögerung durch Läugnen, bald eine Belohnung des Finders der gestohlenen Sache oder des Anklägers, der dem Fiskus ein Friedensgeld zuwandte, bald die im Prozesse aufgewachsenen Kosten, bald eine Entschädigung für den entbehrten Nutzen, bald eine besondere Art von Friedensgeld, bald eine Mischung verschiedener Bedeutungen [7]). Als die wahrscheinlichste

---

p. 10.) L. Sax. II, 6. L. Angl. et Wer. VI, 5. Ed. Rothar. 162. L. Liutpr. 13. L. Burg. II, 6. Wilda S. 386—397. 415. 416.

1) s. hierüber überhaupt Wilda S. 314—483. v. Woringen Beitr. Waitz R. d. alt. Sal. S. 188—200. Weiske Abh. S. 83 ff. Gaupp Ges. d. Thür. § 19. Gengler Grundr. I. S. 360—367.

2) Ueber die l. Sal. insbesondere s. Waitz R. d. Sal. S. 190—194. Wilda S. 360. 361. 466—469. Pardessus p. 651 sq. Das Friedensgeld setzte dolose Verbrechen voraus. L. Sal. XXIV, 5.

3) Wilda S. 322. 323. 359. 398. 439. 440. 455.

4) Wilda S. 322.

5) L. Sal. IX, 2. 5. XXV, 4. XXVII, 4. LXI, 1. LXV, 1. L. Bajuv. VIII, 8. Waitz R. d. Sal. S. 197. Grimm R.A. S. 655. v. Woringen S. 71 ff. vgl. Aethelst. Ges. VI, 1. VII, 2.

6) L. Sal. 2—12. 16. 27. 33. 35. 38—40. 48. 65. L. Angl. et Werin. VII, 2. 3. L. Rip. 17. 18. 29. 33. 54. 72. 79. 82. 85. 86. Cap. I. Sal. add. a. 819. c. 2. (P. I. p. 225.)

7) Verschiedene Ansichten s. bei Ducange gloss. (ed. Henschel II. p. 786.) Heinecc. Elem. j. germ. II, 21. Eccard. ad l. Sal. II, 1. Grimm R.A. S. 655. Eichhorn § 71 n. b. v. Woringen S. 71 ff.

Erklärung erscheint noch immer die zuerst angeführte [1]. — Endlich wird das ganze Bußsystem jetzt gegenüber seiner früheren Einfachheit viel complicirter, wozu nicht allein eine fortgehende Theilung und Vervielfältigung der hergebrachten Buß- und Wergeldssätze bei einem einzelnen Volksstamm, sondern häufig auch die Aufnahme einzelner Bestimmungen aus fremden Bußsystemen, die dem hergebrachten größere Beweglichkeit gaben, mitwirkte [2]. Es wurde mehr und mehr die Nothwendigkeit gefühlt, die Bußgröße zu einem mannigfaltigeren Ausdruck verschiedener Abstufungen der Strafbarkeit zu machen [3]. Namentlich scheint die häufig vorkommende Verneunfachung des ursprünglichen Satzes der karolingischen Zeit anzugehören [4]. Je mehr aber die Bußen und Friedensgelder gesteigert wurden, und je mehr zugleich die Ungleichheit des Vermögens zunahm, um so öfter mußte der Fall eintreten [5], daß der Verurtheilte die Buße nicht bezahlen konnte, und an die Stelle derselben die öffentliche Strafe trat [6], freilich zunächst nur gegen die ärmeren und geringeren Leute.

Gleichwohl war dieser Fortschritt nur ein halber. Dieß liegt schon in der Beibehaltung der Buße an sich, wodurch das Strafrecht überhaupt mit einem privatrechtlichen Elemente behaftet blieb, wo auch die Buße nicht geradezu als ein Mehrfaches des Werths oder Schadenersatzes bestimmt wurde [7], oder Buße auf Hand-

---

Wiarda Gesch. u. Ausl. d. sal. Ges. S. 281. Gaupp Ges. d. Thür. S. 364. 365. Sachse Grundlagen S. 354. Zöpfl II. 2. § 129 not. 9. Waitz R. d. Sal. S. 197—200. Wilda S. 900—902. Gengler Grundr. I. S. 365. 366. n. 15. Grimm Vorr. zu Merkels Ausg. d. l. Sal. p. LXXXV sq.

1) Grimm Vorr. a. a. O. Doch lassen sich aus der l. Rip. Zweifel erheben.

2) Man pflegt dieß als eine Ursache großer Verwirrung sehr zu beklagen, womit man auch nach einer Seite Recht hat. Allein man sollte darüber doch nie vergessen, daß wir eben nur aus dieser Verwirrung die innerlichst herrschende Gedankenordnung jener Zeit zu errathen vermögen.

3) vgl. Luden Deutsche Gesch. III. S. 332 ff. Stälin Wirtemb. Gesch. I. S. 208—215. Wilda S. 350. 356. 359. 440. s. bes. z. B. L. Fris. IX, 3—7. XXII u. add. sap. 2. 3. Ines Ges. 7. pr. 10. Aelfr. Ges. 9. Edward I, 3. II, 2. § 3.

4) Wilda S. 423. 898. 899.

5) vgl. Luden Deutsche Gesch. III, S. 328. Wirth Deutsche Gesch. I. S. 118 ff. Wilda S. 48. 6487. Waitz R. d. Sal. S. 196.

6) statt des früheren, einfacheren Verfahrens, den Schuldigen der Willkühr des Klägers preiszugeben. Ed. Chilp. c. 7. (P. II. p. 11.) vgl. L. Sal. LVIII, 3.

7) z. B. L. Burg. IV, 3. LXIII, 1. LXX. L. Alamann. LXIX, 1. LXX, 1.

lungen gesetzt war, die in Wahrheit gar nicht als strafbares, sondern nur als bürgerliches Unrecht erscheinen [1]). Wenn ferner allerdings die in Geld zu entrichtende Buße ein beweglicher Ausdruck für verschiedene Strafbarkeitsstufen wurde, so waren doch die für das Steigen der Strafbarkeit maßgebenden Gedanken neben manchen ganz richtigen [2]) großentheils noch sehr unvollkommen, wie denn namentlich Buße und Friedensgeld in den Abstufungen ihrer Größe sich meist nach dem Stande des Verletzten [3]), theilweise nach dem des Verletzers [4]) richteten. Endlich aber konnte eine feste Ordnung schon deßhalb nicht aufkommen, weil die Grenze zwischen öffentlichem Strafrecht und Bußrecht in der Willkühr des Königs stets offen erhalten wurde.

Ganz abgesehen nun von dieser seiner Beschränkung durch das Bußrecht zeigte auch das öffentliche Strafrecht jener Periode noch keineswegs den Ausdruck der strafrechtlichen Idee in ihrer Reinheit [5]). Dagegen spricht schon die oben angedeutete, wenigstens theilweise Entwicklung desselben aus dem herrschaftlichen Züchtigungsrechte. Allein auch abgesehen hievon trägt jenes Strafrecht des fränkischen Reichs vorherrschend den polizeilichen Charakter. Meist wird der Zweck vorangestellt, durch die Strafe den Verbrecher unschädlich zu machen, ihn und Andere abzuschrecken [6]).

LXXII, 1. XCIX, 6. 11. 15. 16. L. Baj. VIII, 1. Ed. Roth. c. 258. 259. 262—265. 268. L. Wisig. VII, 2. 14. 23.

1) vgl. Wilda S. 350. 582. 583. Stälin Wirtemb. Gesch. I. S. 361 not. 2.

2) Dahin gehört auch das Moment des höheren Friedens, der sich an verschiedene Personen und Sachen knüpfte. L. Sal. LXI, 2. LXII. LXIII. L. Rip. 15. 43. Allein gerade dieses, namentlich der Königsfrieden, war zweideutiger Natur und führte leicht auf Abwege. Wilda S. 419.

3) Aethelb. Ges. 5. 13. 15. Aelfr. 10. 36. L. Burg. 32. 33. L. Sal. XLI, 4. LIV, 1. 3. L. Rip. IX, 1. XXXIII, 1. L. Angl. et Wer. I, 1. 2. L. Baj. II, 20, 1—5. Cap. add. ad. l. Alam. 22. 39. Wilda S. 341—343. 398—416.

4) L. Rip. LXV, 1. 2. L. Sax. IV, 8. Cap. Paderb. 785. c. 20. 21. (P. I. p. 49.) Cap. Sax. 797. c. 3. 5. (P. I. 76.)

5) Eine „Ahnung des Gerechtigkeitsprincips" (Jarcke I. § 5. Abegg Strafrechtstheorieen § 30) liegt freilich allen ältesten Phasen der Entwicklung des Strafrechts zu Grunde, nur ist damit eigentlich gar nichts gesagt. Auch Wilda S. 487. 488 idealisirt zuviel. s. aber S. 486 u. sonst. Das rohe Talionsprincip kommt nicht nur bei den Westgothen vor.

6) L. Baj. I, 6. § 1. L. Burg. 52. Add. I, 16. § 5. Cap. Aquisgr. 802. c. 33. (P. I. 95.) Cap. Ludov. II. 850. c. 2. (P. I. 406.) Cap. miss. 833. c. 9. (P. I. 419.) Conv. Silv. 853. c. 7. (P. I. 425.) Ueber

Daneben fing freilich die Kirche, nur nicht eben mit großem Erfolge, den Zweck der Besserung geltend zu machen an. Denn, wenn gleich die kirchliche Auffassung des Verbrechens als Sünde eine tiefere war, so trat sie doch keineswegs sogleich und immer in ihrer Reinheit, sondern namentlich auch in der Form hervor, daß durch Hinwegräumung der Sünder der Zorn Gottes vom Lande gewendet werden oder daß man, um das Leben zu schonen, den Leib um so mehr martern müsse [1]). Nur zu oft aber entsprach den reineren, in den Gesetzen ausgesprochenen Grundsätzen [2]) der Geist der Rechtspflege keineswegs.

2. Das Mittelalter.

Der karolingische Staat war wesentlich ein Beamtenorganismus, der seine Ergänzung in dem kirchlichen Beamtenorganismus fand. Seine Einseitigkeit und formalistische Natur zeigt sich vornämlich in den zwei Punkten, daß er einmal nur das christliche Germanenthum überhaupt zu seiner Unterlage hatte, dabei aber die besonderen Stammnationalitäten innerhalb seines Verwaltungsnetzes fortgewähren ließ, sodann darin, daß er den Grundgedanken des germanischen Rechtslebens, wornach das Recht und sein Quantum auf dem Besitz und seinem Maß beruhte, nicht direkt in seine Verfassung aufgenommen, diese vielmehr überwiegend auf romanischer Grundlage errichtet hatte, und hinfort die Wirksamkeit jenes Grundgedankens als eine an seiner eigenen Auflösung arbeitende Macht dulden, ja sogar befördern mußte.

Als Halt seiner künstlichen Organisation hatte dieser Staat eine gewaltige Persönlichkeit gefordert. Nachdem ihm diese durch den Tod Karls d. Gr. verloren gegangen war, trat unaufhaltsam die Reaktion der nicht gebändigten, natürlichen Elemente wieder ein, und zwar auf doppelte Weise: indem entweder die besonderen Stamm-

---

das longob. und westgothische Recht Wilda S. 107—110. Zöpfl R.G. II, 2. § 14. not. 18.

1) L. Bajuv. I, 13. § 1. L. Liutpr. 33. Cap. Aquisgr. 802 c. 25 i. f. (P. I. 94.) L. Wisig. III, 4. § 13.

2) z. B. Chlot. I. Const. a. 560. c. 3. 6. (P. I. p. 2.) Childeb. Decr. a. 596. c. 5. (P. I. p. 10.) Cap. Franc. a. 779. c. 11. (P. I. p. 37.) Cap. Aquisgr. a. 802. c. 1. (P. I. p. 91.) und c. 9. 11. 13. 14. 25. 26 eod.

nationalitäten wieder auftauchten und sich zu Grundlagen besondrer Staatsentwicklungen konstituirten, oder, wo solche selbst in der Zersetzung begriffen waren, jener Grundgedanke des germanischen Rechtslebens zu einer gänzlichen Auflösung des Reichs in eine Menge selbstherrlicher Grundherrschaften führte. Beide Momente wirkten überall in der karolingischen Monarchie zusammen; aber ersteres bestimmte vorwiegend die fernere Entwicklung in Deutschland, letzteres dieselbe in Frankreich [1]).

Im deutschen Theile des fränkischen Reichs war die eigene Natur der verschiedenen Stämme nicht gebrochen; es war nicht mehr, als eine äußerliche, oberflächliche Verschmelzung hervorgebracht worden. Durch Eroberung wurde zwar ein Theil von Alemannien, von Thüringen, der Nordgau ꝛc. völlig fränkisch gemacht, gleichwohl aber ein Herzogthum Alemannien, ein Herzogthum Baiern, und in ähnlicher relativer Unabhängigkeit ein Theil von Thüringen bestehen gelassen. Ebenso nahm die Besiegung der Sachsen und Friesen diesen weder die Freiheit, noch ihr eigenes Recht [2]). In den deutschfränkischen Ländern mußte zwar am meisten der westfränkische Einfluß sichtbar werden; allein es scheint sicher, daß auch hier das Königthum keineswegs so fest wurzelte, und besonders das Beamtenthum nicht so sehr die allesbestimmende Macht wurde, wie in den Ländern, in welchen später der französische Staat sich entwickelte. Dazu kam und wirkte mit, daß in den deutschen Provinzen das alte System der freien Volksgemeinden auf geschlossenen Feldmarken sich in viel größerem Umfange und in dichteren Massen erhalten hatte. Zwar hatten auch hier Kriege und Eroberungen von früh an einen unfreien Stand und persönliche und dingliche Abhängigkeit geschaffen. Es hatten ferner namentlich die fränkischen Kriege da und dort Domänen [3]) entstehen lassen, welche vom Königthum zu demselben Zwecke, wie in Westfranken, benutzt wurden, nämlich zur Gewinnung der geistlichen und weltlichen Großen. Wie aber das Christenthum in den deutschen Ländern erst später eindrang, so empfanden sie auch die Einwirkung des romanisch gearteten König-

1) Stein franz. Staats- und Rechtsgesch. Bd. III.

2) Eichhorn I. § 22. 27. 46. 134. Stälin Wirt. Gesch. I. S. 198—221.

3) Stälin I. S. 170. 171. 343—346. Wenck Hess. Gesch. I. S. 33—69. Bluntschli Staats- und Rechtsgesch. von Zürich I. S. 47. 48. Wigand der Corv. Güterbesitz. S. 7. 8.

thums erst später, und weder in demselben Umfang, noch in derselben Stärke, wie die westfränkischen Länder; und, als sie in der karolingischen Zeit allerdings dem allgemeinen Organismus des Reichs völlig einverleibt wurden, da war der Geist dieses Staats nicht mächtig genug, die Gleichförmigkeit zur dauernden Einheit zu steigern, noch hatte das Königthum bisher Zeit gehabt, eine so tiefgreifende Umwälzung der Grundbesitzverhältnisse, und folgeweise eine so starke Zersetzung der alten Gemeindeverfassung, wie in Westfranken, hervorzubringen. Denn es fehlte hier an der, in Gallien charakteristischen, allgemeinen Verbreitung des Instituts der mit Krongut ausgestatteten leudes, sowie an der dort typischen Stellung des Grafenamts [1]). Jenes findet sich zwar auch, aber noch ohne den Stand der gemeinen Freien zu erdrücken. Das Grafenamt aber war noch nicht in der Lage, seine Amtsbefugnisse zu mißbrauchen. Das Recht des Heerbanns insbesondere hatte noch nicht die Ausdehnung, wie in Westfranken. Die erblichen Herzoge, wo sie sich finden, reichen noch nicht in das Element der alten Verfassung zurück, und vermitteln erst den Uebergang in den Staat des Königthums [2]). Noch mehr mußte aber all dieß im übrigen Deutschland der Fall sein, nicht nur in den Ländern, die überhaupt erst im achten Jahrhundert zum fränkischen Reiche kamen, sondern auch in den schon früher einverleibten, welche während des Verfalls der Merovinger sich an eine ziemlich große Unabhängigkeit gewöhnten. Es war von Anfang an nicht die Sache Deutschlands, die Extreme in der politischen Entwicklung zu durchlaufen, wie sie seinen westlichen Nachbarn als Aufgabe zugetheilt waren. Ihm war eine Bewegung von universellerer Bedeutung vorbehalten, bei welcher freilich vorerst die Entwicklung der Nationalität zu einer strenggeschlossenen Staatseinheit zu kurz kommen mußte.

Die Aufhebung der Stammesherzogthümer war daher ein Hauptaugenmerk der Herrscher gewesen, welche die karolingische Monarchie vorbereiteten [3]). So gut sie jedoch gelang, so fehlte es gleichwohl dieser Monarchie an der gehörigen Zeit, um auch die Stammesunterschiede zu verwischen, worauf sie gegründet gewesen

---

1) v. Löw Gesch. der deutschen Reichsverf. § 18. und S. 90 - 92. Warnkönig franz. Staats- und Rechtsgesch. I. S. 127.

2) Eichhorn I. § 83. Not. a. vgl. § 27. Stälin I. S. 215—220.

3) v. Löw § 24. 25.

waren. Dieselben traten daher auch mit dem Verfall dieser Monarchie alsbald wieder hervor.

Indessen blieb darum die Einordnung der deutschen Stämme in den karolingischen Staat nicht ohne Wirkung. Zwar traf dieser Staat hier theilweise dieselbe Desorganisation durch das Komitat und das Benefizienwesen, wie in Westfranken, daneben aber auch noch in großem Umfange Zustände an, in denen noch das Princip der alten Gemeindeverfassung lebendig war. Hier wurde er denn nicht blos zur legitimen Form für die Entwicklung einer auf seinen eigenen Untergang gerichteten Bewegung, sondern schlug Wurzeln im Volk selbst, das noch in weitem Umfang als Masse mäßig und gleich begüterter Grundbesitzer der aufstrebenden Aristokratie das Gleichgewicht hielt [1]). Ohne Zweifel war es vornämlich die eigenthümliche Verbindung des Staats mit der Kirche in der Verfassung Karls d. Gr., was letzterer die Deutschen unterwarf. Sodann war es eben die größere Menge von Gemeinfreien, welche dem Königthum in Deutschland eine durchgreifendere und bedeutungsvollere Huldigung zuwege brachte, als in Westfranken. Es war daher das Dienst- und Lehensverhältniß hier noch nicht das Princip der Verfassung. Das Königthum suchte seinen Halt in der Treue der freien Volksgemeinden, und sein Beamtenorganismus war, neben der Tendenz zur Centralisation der Verwaltung, besonders auch darauf berechnet, die unmittelbare Berührung des Staats mit der freien Gemeinde lebendig zu erhalten. Ohnedieß aber galt der karolingischen Familie Austrasien als der Mittelpunkt des Reichs, und die Kaiserwürde als ein den deutschen Franken erworbenes Recht [2]).

Die Fortwirkung dieses Gedankens konnte gleichwohl die Zersetzung des karolingischen Staats auch in Deutschland nicht hindern, wozu, neben dem Partikularisationstriebe der deutschen Stämme, zunächst die in der karolingischen Periode beginnende, allgemeinere Umwälzung der Grundbesitzverhältnisse und die dadurch bedingte Entstehung des Lehenssystems vorzüglich mitwirkte. Noch war das deutsche Volk für einen in seiner eigenen Idee ruhenden Staat, wie er der Verfassung Karls d. Gr. zu Grunde lag, nicht reif; die Idee des Staats mußte erst durch ihre Personifikation im Fürsten ersetzt

1) L. Alam. 38. 41. Prol. der St. Gall. Hdschr. Capit. de part. Sax. c. 15. j. c. 34. Capit. Sax. c 1.
2) Eichhorn I. § 159. 160.

werden. Indem aber das Königthum selbst Persönlichkeit und politische Stellung, Privatrecht und öffentliches Recht nicht auseinanderzuhalten wußte, vielmehr seine öffentlichen Rechte ebenwie Privatrechte weiter vergab, so wuchs jener Einen Person allmälig eine Vielheit von Personen nach, die selbst nach der gleichen Stellung in ihren Kreisen strebten, und hier gleichfalls Amts- und Eigenthumsrecht in Eins zu bringen suchten und vermochten. Persönliche Unterordnung, Gefolge-, Schutz- und Lehenstreue wurde das zusammenhaltende Band für eine Hierarchie der Gesellschaft, in welcher je der Mächtigere den Mindermächtigen schützte, in welcher daher das Recht gleich der Macht, und die Macht vom Grundbesitze abhängig war [1]).

Alle gedachten Momente wirkten auch für die Weiterbildung des Strafrechts zusammen. Dabei bleibt aber der ganzen folgenden Entwicklung eben der Widerspruch das Eigenthümliche, daß einerseits der Gedanke der Einheit des deutschen Staats fortwährend erhalten bleibt, wenn gleich er sich endlich nur in der Form der Konföderation noch zu verwirklichen vermag, andererseits aber, dieser festgehaltenen Idee gewissermaßen zum Trotz, mitten in der Periode der glanzvollsten Entwicklung die Bewegung der zur Partikularisation führenden Momente zu dem Punkte gedeiht, wo sie das Uebergewicht erhält, ohne doch zu absoluter Herrschaft zu gelangen, — daher denn das Resultat des Gährungsprocesses weder ein Nacheinander der Zersetzung des Staats in eine Vielheit selbstherrlicher Grundherrschaften, und darauf einer absolutmonarchischen Centralisation, wie in Frankreich, — noch die Entstehung eines aus der gleichmäßigen Anerkennung aller gesellschaftlichen Interessen und Mächte sich hervorbildenden, einheitlichen und freien Staats, wie in England, sondern eben jene Entwicklung eines Systems konföderirter Einzelstaaten ist, welche trotz aller Partikularisation von dem Bestreben, eine höhere Einheit darzustellen, sich nicht loszusagen vermögen.

Wenn nun das Wesen des Feudalstaats darin besteht, daß die politische Gewalt in der Form und Bedeutung des Privatrechts besessen und ausgeübt wird, so ist Deutschland niemals zum Extrem der Entwicklung dieses Gedankens, dem gänzlichen Zusammenfallen

1) Eichhorn I. § 158. II. § 209. 223. v. Sybel Entst. d. deutschen Königth. S. 267. Stein III. S. 14. 15. 30—34. 41—257.

der Souveränetät selbst mit dem Grundbesitze, fortgeschritten. Hievor bewahrte eben die rechtliche und faktische Anerkennung jener höheren, im Kaiserthum sich darstellenden Einheit, daher denn auch das Kaiserthum fortwährend als die Quelle aller politischen Würden, Aemter und Ehren angesehen wurde. Andererseits vermochte aber diese Anerkennung die Bewegung nicht zu verhindern, vermöge deren auch in Deutschland die wirkliche politische Macht sich an den Grundbesitz kettete, daher die Form der Erblichkeit und alsbald des Eigenthums annahm, das man nur noch vermittelst des Lehensbandes an jene höchste Quelle, das Kaiserthum, anknüpfte. Hier trat also als das Charakteristische der Widerspruch hervor, daß zwar die Souveränetät de jure dem Kaiserthum, als dem Vertreter der Staatseinheit zugeschrieben wurde, daß aber dieselbe de facto vielmehr Schritt für Schritt an die mit den Reichsämtern bekleideten Grundherrn kam, ohne daß diese doch wagten, die allmälig zur vollen Souveränetät reifende Landeshoheit auch wirklich mit dem Namen derselben zu bezeichnen, obgleich die kaiserliche mehr und mehr zum Schattenbilde wurde.

Auch in Deutschland kam die Vergabung der Domänen und der königlichen Rechte behufs der Gewinnung der geistlichen und weltlichen Aristokratie unter den Nachfolgern Karls d. Gr. immer mehr in Gebrauch, je mehr es ihnen an der Macht gebrach, den durch Karl gegründeten Staat durch seine eigene Schwerkraft sich behaupten zu lassen. Allein die Verhältnisse waren hier andere, als in Westfranken [1]). Schon in Austrasien standen keineswegs alle freien Franken in dem Verhältnisse der leudes und der damit zusammenhängenden Dienstpflicht, noch weniger bei den übrigen Stämmen. Das Krongut war hier viel seltener, und der allgemeine, gesellschaftliche Zustand ließ verhältnißmäßig viel wenigere Personen in das Dienstgefolge des Königs und die Stellung der Antrustionen aufsteigen. Wenn gleich daher in demselben Verhältnisse, wie hier das Königthum festeren Fuß faßte, sich auch ein Herren- und Vasallenstand ausbildete, so geschah dieß doch in weit geringerem Umfange, und daher auch mit viel beschränkterer Wirkung auf die große Masse der freien Gemeinden [2]). Diese Beschränkung verlor sich auch

1) Warnkönig franz. R.G. I. S. 131. 132 und die dort Angef.

2) L. Alam. 23. 31. L. Baj. II, 15. §1. Eichhorn I. §26. h. §27. a. b. r. §47. Stälin I. S. 334. 335.

in der karolingischen Zeit nicht, obgleich diese die in Westfranken herkömmlich gewordenen Verhältnisse auch auf Deutschland in massenhafter Weise übertrug. Allerdings wurden nun auch hier Vassen angesetzt, die gegen die Verpflichtung zum Kriegsdienste Lehen erhielten; es wurde auch hier Krongut zum Eigenthum gegeben; auch hier wurden die königlichen Beamten durch Benefizien gefesselt, und die Aemter selbst als solche betrachtet; auch hier hatten die Vasallen ihre Aftervasallen, und an die Stelle des blos persönlichen Treuverhältnisses trat ein dingliches; neben die Vasallen traten die königlichen Ministerialen, gleichfalls mit Aemtern oder Benefizien dotirt, oder durch die Aussicht darauf festgehalten [1]). Gleichwohl gelang es dem Königthum mit seinem Beamtenthum und seiner Gefolgschaft nicht, sich hier die alte Verfassung völlig zu unterwerfen.

Es bedurfte hier erst einer mächtigen Umwälzung innerhalb des alten Freienstandes selbst, um seine Zersetzung, und folgeweise die allgemeine Erhebung eines Herrenstandes hervorzubringen. Diese erfolgte durch die Wirkung der karolingischen Kriegsverfassung. Sofort konnte aber die Ausstattung des Herrenstandes, da sie nur theilweise durch Grundbesitz geschehen konnte, vorzugsweise nur durch Ertheilung von Rechten erfolgen, welche sein allmäliges Aufsteigen zur Landeshoheit vorbereiteten.

Unfreie verschiedener Stufe hatte es schon früher gegeben. Vor der karolingischen Zeit aber scheinen Feldmarken gemischter Art noch selten gewesen zu sein [2]); vielmehr enthielten die Gaue theils freie Feldmarken mit freier Gemeindeverfassung, theils solche, deren Grund und Boden einem Herrn (dem König, oder einem geistlichen oder weltlichen Herrn) gehörte und von Hofhörigen gebaut wurde, oder nach Hofrecht an andere Unfreie oder Freie überlassen war [3]). Solche Grundherrn waren theils ursprüngliche Freie, die es zu größerem Allodialbesitze gebracht hatten, theils belehnte freie Grundbesitzer, oder Reichsbeamte, oder Vassen, die auch aus unfreiem Stande sich erhoben haben konnten [4]). Besonders hatten auch die Kirchen und Klöster solche Grundherrschaften.

Zur Verwirrung und Umwälzung der Grundbesitzverhältnisse

---

1) Eichhorn I. § 70. 167. 205.
2) Eichhorn I. § 83. n.
3) Pertz III. 177.
4) Bluntschli I. S. 49—61. Stälin I. S. 352. 353.

wirkte nun mit der karolingischen Kriegsdienstordnung die Ertheilung von Immunitätsprivilegien zusammen.

Der auf die gemeinen Freien ausgedehnte Heerbann setzte dieselben bekanntlich den unerträglichsten Bedrückungen von Seiten der Grafen aus, wogegen sie nur durch Ergebung in den Schutz irgend eines Mächtigen sich zu retten wußten, die Reicheren durch Ergebung in das Vasallitäts- oder Ministerialitäts-Verhältniß zu den Grafen oder andern Mächtigen, die Aermeren durch Uebergabe ihres Eigenthums oder gar ihrer Person. Durch solche Uebergaben entstanden die verschiedensten Abhängigkeitsverhältnisse; aber auch in den günstigeren lag der Keim zum Mißbrauch der Schutzrechte und zur Herabdrückung des Pflichtigen unter die Lasten des Hofrechts, während umgekehrt der Herr dem freien oder unfreien Mansoarius den knechtischen Dienst erlassen und ihn nur zum Kriegsdienst brauchen konnte. Der alte Unterschied nach freier oder unfreier Geburt wich daher neuen Unterschieden der Freiheit und Unfreiheit, die sich auf das Besitzverhältniß bezogen [1]). Von den alten Freien konnten sich nur die halten, welche ansehnlichen Grundbesitz hatten oder als Vasallen blos von ihrem Benefizium dienten; und zu ihnen hinauftreten konnten Freie und Unfreie, die unter Herrenschutz standen, sobald sie nur blos zum Kriegsdienste gebraucht wurden, wogegen andere Freie in den Stand der Hörigen hinabgedrückt wurden. Die Zahl der Unfreien wuchs daher immer mehr. Mit der Abnahme des Standes der gemeinen Freien ging aber dem Königthum seine wesentlichste Stütze verloren [2]). Denn ihr Verhältniß zu diesem war der, freilich noch unvollkommene, Ausdruck des Staatsbürgerthums gewesen, an dessen Stelle nun Verhältnisse besonderer, vertragsmäßiger, mit dem Grundbesitz zusammenhängender Treue traten, bei denen das Königthum gegenüber den unmittelbar mit den Unteren sich berührenden Dienstherrn nothwendig den Kürzern ziehen mußte.

Zugleich aber ward durch diese Umwälzung der Grundbesitzverhältnisse dem Königthum aus einer Verlegenheit geholfen, indem es, in Ermanglung von Krongut, andere Gegenstände seiner Freigebigkeit aufzufinden Gelegenheit erhielt. Es vergabte den Großen, auf

---

1) Capit. a. 829. c. 7. Eichhorn I. § 167. 194—196. vgl. § 62. a. v. Löw § 31.

2) Mannert Gesch. d. Deutschen S. 522—532. Montag Gesch. d. staatsb. Freih. I. S. 17 f. 157 f. 314 f.

die es sich stützen mußte, da es sich auf das Volk nicht mehr stützen konnte, nunmehr die Rechte, wodurch ihnen die neuen Erwerbungen erst recht nutzbar werden konnten. So gewiß es damit sich selbst untergrub, indem es die Staatsgewalt seinen lachenden Erben auszutheilen anfing und die Auflösung des Staatsrechts in Privatrecht vorbereitete [1]), so wenig blieb doch eine Wahl, da die alte Gemeindeverfassung unwiederbringlich ausgelebt, der karolingische Beamtenstaat aber für die Entwicklung des Volksgeistes zu früh gekommen war, der die Staatsidee nur personifizirt zu fassen wußte. Mit reißender Schnelligkeit folgten sich daher unter den Nachfolgern Karls d. Gr., neben den Vergabungen von Domänen zu Eigenthum oder zu Lehen, Verleihungen von Zoll- und Münzrechten, Gerichtsgefällen, Naturalabgaben und andern fiskalischen Einkünften, Zollfreiheit, Kriegsdienstfreiheit rc. Aber noch mehr: es fing nun auch die Erblichkeit der Lehen an, sich auszubilden, und ebendamit auch die Erblichkeit der Aemter, wodurch für solche Reichsbeamte, welche einen größeren Amtssprengel zu erwerben gewußt hatten, bereits eine das Königthum wesentlich beschränkende Gewalt entstehen mußte [2]). Das wichtigste unter diesen Rechten war nun aber eben das Immunitätsrecht.

Während über die Leibeigenen ihre Herren von jeher bei Verbrechen gegen sie selbst unumschränkte, nur durch die Kirche allmälig gemäßigte, Gewalt gehabt hatten, wogegen sie bei Verbrechen gegen Dritte dieselben vor dem ordentlichen Richter vertreten mußten, falls sie nicht sie auslieferten [3]), so gewährte die Immunität [4]) für einen ganzen geschlossenen Bezirk dem Grundherrn das Recht, seine sämmtlichen Insaßen vor dem ordentlichen Richter zu vertreten, mithin keine Gerichtshandlung eines ordentlichen Gerichtsbeamten in seinem Distrikte zu dulden, solange er sich selbst zu Recht zu stehen erbot, den einzigen Fall ausgenommen, wenn ein Insaße gegen einen Dritten ein mit Leibes- oder Lebensstrafe bedrohtes Verbrechen

---

1) Eichhorn I. § 139—141. 158. v. Löw § 34.

2) Eichhorn § 141. 161. 167. 169. 170. 193.

3) Tac. G 25. L. Sax. 2, 5. L. Fris. 1, 13. 9, 17. L. Rip. 17, 2. 19, 3. 29. L. Sax. 43.

4) Marc. form. I. 3. 4. 14. 17. 23. 24. Boucquet IV. nr. 7. 54. V. nr. 11. Eichhorn I. § 86. 172. 173. Zeitschr. I. S. 191 f. v. Löw S. 19. 30. 35.

begangen hatte [1]). Wo es sich aber von Verbrechen der Insaßen gegen einander oder gegen den Herrn handelte, da hatte der ordentliche Beamte gar nichts zu sagen, vielmehr hatte die Herrschaft hier volle richterliche Gewalt, also auch den Blutbann [2]). — Bis in die karolingische Zeit nun konnte dieses Immunitätswesen von keinem Einflusse auf die Gemeindeverfassung sein, weil bis dahin die Hintersaßen größtentheils hörig waren, und die Behandlung der eigentlich Unfreien im Principe wohl wenig abwich [3]). Ganz anders gestaltete sich aber die Sache, seit jenes massenhafte Uebergehen der Gemeinfreien in Herrenschutz an die Tagesordnung kam. Die Höfe dieser Leute wurden nun zum Immunitätsdistrikte geschlagen, und sie selbst dem Verbande mit der freien Gemeinde entzogen, namentlich kamen sie unter dieselbe Gerichtsbarkeit mit den Hörigen [4]), wenn sie auch mit diesen nicht völlig verschmolzen.

Mit dieser Erweiterung der Immunitätsbezirke mußten mannigfache Kollisionen entstehen [5]). Der häufigste Fall war nämlich, daß in kleineren Villen die Insaßen verschiedenen Immunitätsherrn angehörten, und daneben häufig noch einzelne freie Eigenthümer sich fanden, in größeren aber noch eine ganze Gemeinde freier Eigenthümer blieb. Am häufigsten entstanden die Konflikte zwischen den herrschaftlichen und den ordentlichen Beamten bei den meist zerstreut liegenden, geistlichen Besitzungen. Daher strebten besonders die Bischöfe und Aebte, sich von den öffentlichen Beamten ganz frei zu machen, indem sie die ganze Feldmark zur Immunität zu machen suchten. Und dieses Bestreben gelang, indem ihnen, zunächst nur in einzelnen Fällen, die in der Grafengewalt liegende Gerichtsbarkeit überlassen wurde, um sie auch über die neben dem gefreiten Distrikte auf eigenem Grund und Boden sitzenden, freien Leute durch ihre Vögte ausüben zu lassen [6]). Die Vergünstigungen aber erhielten

1) Cap. a. 779. c. 9. Cap. II. a. 803. c. 2. Cap. a. 864. c. 18.

2) v. Sybel S. 251 f.

3) Eichhorn Zeitschr. I. S. 192. Vgl. v. Löw S. 72.

4) Dipl. bei Neugart C. dipl Al. I. nr. 633. Cap. a. 802. c. 13. Donandt Gesch. d. Brem. Stadtr. I. S. 19—23. 31—33. 61—68. Warnkönig flandr. Rechtsgesch. III. S. 166. 270.

5) Eichhorn Zeitschr. I. S. 211—220. Vgl. Fichard Entst. von Frankfurt S. 15 f. Bluntschli I. S. 61—71. Warnkönig a. a. O. III. § 42.

6) Dipl. bei Neugr. nr. 204. 345. 425. v. Sybel S. 252 Bluntschli I. S. 66—71. 173—176. Stälin I. S. 534. 535.

immer größere Ausdehnung, während zugleich durch Ergebung freier Leute, Kauf, Tausch rc. die Bezirke abgerundet wurden, in welchen dann der Immunitätsherr für alle Insaßen den ordentlichen Beamten völlig vertrat [1]). Auch in Deutschland kam es, wenigstens zu Ende des 10ten Jahrhunderts, zu Privilegien, wodurch für größere Bezirke die Grafschaft selbst übertragen wurde, so daß dann im 11ten Jahrhundert alle Bischöfe und manche Reichsabteien geschlossene, wenn auch nicht immer zusammenhängende, Territorien besaßen [2]). Erwarben sie nun zu den mit Grafschaftsrecht besessenen, zerstreuten Besitzungen die Gaugrafschaft, so gab dieß freilich zunächst nur das Recht, den Grafen zu bestellen, der dem Bischof lehnbar wurde. Jedenfalls bot es aber Gelegenheit zu Abrundung des Besitzthums. Es gelang aber auch hie und da, und dann immer häufiger, die Grafschaft über alle Besitzungen der Kirche und die dazwischen liegenden Bezirke zu erwerben, und dann entstand ein völlig unabhängiges Fürstenthum, in welchem der Bischof auch nicht einmal in einem von ihm belehnten Beamten die ordentliche Amtsgewalt mehr anerkennen mußte, sondern in allen weltlichen Verhältnissen unmittelbar unter dem König stand und alle Beamten aus eigener Gewalt als die seinigen setzte [3]).

Das Immunitätsrecht und die damit mehr und mehr sich verbindende Verleihung königlicher Rechte war von Anfang an nicht den geistlichen Besitzungen allein zu Gute gekommen. Während aber bei den geistlichen Herren die Beziehung der ihnen ertheilten Gewalt auf den Staat sich länger forterhielt, da alle wahre Gerichtsbarkeit, die sie durch ihre Vögte auszuüben hatten, insbesondere der Blutbann, als eine im Namen des Königs kommissarisch ausgeübte betrachtet, und erst später diese Vögte als bischöfliche Beamte angesehen wurden, so war bei den weltlichen Großen schon früher der Gebrauch der Uebertragung des Amts auf Kinder und Verwandte allmälig in ein, wenn auch beschränktes, Erbrecht übergegangen, woraus die Ansicht hervorgehen mußte, daß das Amt auf dem Grundbesitz hafte, und daher auch die Amtsuntergebenen zu dem Gute

1) Eichhorn Zeitschr. I. S. 220—223. 230—246. Donandt I. S. 77—96.

2) Zöpfl Bamb. Recht S. 91—94.

3) Eichhorn R.G. II. § 222. i—l—o. v. Löw § 33. 39. Stälin I. S. 534. Warnkönig flandr. R.G. III. § 48.

gehören. Je mehr nun die auf der Gauverfassung beruhenden Grafschaftssprengel durch fortwährende Exemtionen gefreiter Gebiete zusammenschmolzen, um so leichter wurde es den Grafen, mehrere Grafschaften zusammenzubringen, wie auch die Herzoge in der Regel auch Grafschaften innerhalb ihres Sprengels in Besitz hatten [1]). Da zugleich mehr und mehr die Schutzhörigen dem Heerbann, die Lehensleute dem Gaugerichte entrückt wurden, so verlor das alte Grafenamt gerade in seinen Hauptstücken immer mehr an seinem Boden, und die Grafschaften verwandelten sich zusehends in Aggregate einzelner Herrschaften und Stücke des ehemaligen Amtssprengels, die zum Theil Allode des Grafen, zum Theil Lehen weltlicher und geistlicher Herrn waren [2]). Neben den Grafen wurde es dann aber auch andern Edeln, Allod- oder Lehensinhabern, erleichtert, für ihre Güter und Herrschaften die im alten Grafenamt enthaltenen Rechte zu erwerben. Und diese Erwerbungen stiegen mächtig an Bedeutung durch die seit dem 10ten Jahrhundert in den Heerbannsverhältnissen eintretenden Aenderungen [3]), in Folge deren die weltlichen und geistlichen Herrn ein großes ritterliches Dienstgefolge, das ihnen Hulde that, und eine Menge schutzpflichtiger Hintersaßen gewannen. Beide Klassen entfremdeten sich immer mehr dem Reiche, die erste, indem ihr, je mehr sich die Ritterschaft zum Stande abschloß, desto mehr die Lehenstreue über die Unterthanenpflicht ging, — letztere, indem die sich entwickelnde Landeshoheit in ihr den Stoff der neuen (reichsmittelbaren) Unterthanenschaft besaß.

Zur Auflösung der alten Gauverfassung trugen übrigens auch die Könige selbst bei, indem sie die Reichsdomänen und die dazwischen liegenden Gaustücke gleichfalls von der gaugräflichen Gewalt eximirten, und ihnen neue, nur von ihnen abhängige, Beamte vorsetzten [4]). Freilich retteten sie durch die Bildung dieser Reichsvogteien dem Königthum eine Grundlage für seine Selbständigkeit, und zugleich eine wenigstens theilweise Fortdauer der alten Verfassung, welche für manche freie Gemeinde, die sich nun freiwillig an das Reich ergab, ein Anhaltspunkt zur Erhaltung ihrer Freiheit wurde.

In der That vollendete sich aber eben hiemit die Zersetzung der

---

1) Eichhorn II. § 222. S. 9. Stälin I. S. 527. n. 2.
2) Eichhorn II. § 234. a. Stälin I. Abschn. V. § 4. VI. § 17.
3) Eichhorn II. § 223. v. Löw § 40.
4) Eichhorn II. § 234. b. v. Löw § 39.

Gauverfassung und der auf sie gegründeten Staatsverfassung. Die Staatsgewalt ging in ihren wesentlichsten Stücken in das erbliche Eigenthum der Herren über, und das Königthum, als Inhaber der Reichsvogteien, sank zu einer mit jenen koordinirten Stellung herab [1]). Ja, es verlor auch diesen Rest von realer Unterlage immer mehr. Das Reichsgut schwand durch Verkauf, Verpfändung, Ertheilung zu Lehen, Usurpationen der Vögte und benachbarter Herren zusehends zusammen, und trug wenig mehr ein; die fiskalischen Einkünfte aus Zoll und Münze hatten das gleiche Schicksal, und eine allgemeine Reichssteuer gab es nicht [2]).

Ohne Frage hatte der karolingische Staat nach und nach sein Fundament verloren. Gleichwohl war das Königthum nicht untergegangen. Es mußte daher allmälig eine andere Grundlage erhalten haben, die es im Kampfe mit den genannten und andern, noch fernerhin zu erwähnenden, Mächten aufrecht erhielt.

Diese Grundlage war aber eben dasselbe, was auch umgekehrt das Königthum nicht zur vollen Entwicklung gelangen ließ, die Nationalität. Schon unter den Nachfolgern Karls d. Gr. beginnt die Bewegung der in seinem Staate vereinigten Nationalitäten, die nach einem gesonderten Dasein strebten, eine Bewegung, die gegen das Ende des 9ten Jahrhunderts die Zerspaltung des Reichs in fünf Theile zur Folge hatte. Von nun an trat Deutschland in jenen bestimmten, nationalen Gegensatz zu Westfranken, wovon oben die Rede war. Zu der Eigenthümlichkeit dieses Hervortretens der deutschen Nationalität gehörte aber gerade, daß in und mit derselben auch die besonderen Stammesunterschiede wieder mächtig wurden, welche zur Erneuerung der alten Volksherzogthümer führten [3]). Das Streben und sein Erfolg war gewaltig genug, um es längere Zeit zweifelhaft zu lassen, ob die getrennten Provinzen Deutschlands sich überhaupt unter Ein Reich vereinigen lassen würden. Das Herzogthum gab seinem Inhaber eine Stellung, die von der eines wahren Landesfürsten wenig verschieden war. Bald genug fühlte denn auch das Königthum (besonders in Heinrich III.) die Schranke, die ihm in einer solchen Mittelgewalt entgegenstand, und versuchte die ver-

1) Eichhorn II. § 295. a. v. Löw § 42.
2) Eichhorn II. § 295—298.
3) Leo Entstehung der deutsch. Herzogsämter. v. Löw § 34. Stälin I. S. 427. 526—532.

schiedensten Mittel, um sie hinwegzuschaffen. Gleichwohl wurde auch bei der Herzogswürde eine beschränkte Erblichkeit durchgesetzt, und jene Versuche gelangen erst zu einer Zeit, wo ihr Gelingen dem Königthum keinen Vortheil mehr bringen konnte, weil dieselbe Potenz, die dem Herzogthum seine Lebenskraft gegeben hatte, indessen an andere Organe übergegangen war, die ihren Gehalt nur noch vollständiger zur Entwicklung brachten [1]).

Wie jedoch das Königthum an dem Herzogthum seine Schranke hatte, so hatte es von dem Bestehen desselben andererseits auch entschiedenen Vortheil. Denn die engeren Kreise, welche sich in den Herzogthümern darstellten, verhüteten das gänzliche Absterben der obersten Staatsgewalt gegenüber der bei dem geistlichen und weltlichen Adel sich ausbildenden Selbstherrlichkeit. Das Herzogthum vermittelte den karolingischen Staat mit dem neuen Feudalstaat. Es behielt länger, als die Grafschaft, den Charakter eines Amts [2]), wie es denn auch gerade daran endlich unterging, daß es ihm nicht gelungen war, sich vollständig in erblichen Privatbesitz umzusetzen. Eben dadurch bildete es aber die Vormauer des Königthums und der durch dieses vertretenen Einheit des Staats und seiner Verwaltung. Es war für die Bildung der Lehenshierarchie eine schon fertige Sprosse, die das Königthum mit den unteren Gewalten stetig zusammenhielt, und, nachdem diese von der Staatsgewalt des Königthums genug aufgezehrt hatten, um sich als selbstherrlich zu fühlen, verhinderte es die Sprengung des Königthums, indem es selbst durch das Zusammenwirken dieser Macht mit den Magnaten gesprengt wurde [3]). Nur freilich war, wie gesagt, sein Untergang nicht auch der seiner Idee, da nur eben jene Magnaten an seine Stelle einrückten.

Unter den Momenten, welche die steigende Macht der Herzoge, und sofort der andern Großen des Reichs begünstigten, war eines der wirksamsten der Anhalt, den ihr Antagonismus gegen den Kaiser bei der Kirche fand [4]). Seit Karl d. Gr. hatte das Papstthum in seinem bis dahin unentschieden gebliebenen Kampfe mit den Ansprüchen der Bischöfe entschieden den Sieg errungen. Seitdem suchte

1) Eichhorn II. § 221. bb. 240. v. Löw § 41. 53.
2) Eichhorn II. § 234. a. E.
3) Eichhorn II. § 234. a. E. Stälin I. S. 534.
4) Eichhorn II. § 209. Stein III. S. 299 ff.

es die absolute Einheit der in ihm centralisirten, christlichen Kirche in einem doppeltem Kampfe durchzusetzen: im Widerstande gegen die Nationalkirchen, und im Kampfe gegen den Staat. In diesem Kampfe aber hatte es, dem Kaiserthum gegenüber, die mächtigsten Verbündeten an den deutschen Fürsten, die eben so lange, als sie noch nicht dem Kaiserthum die Souveränetät entrissen hatten, auch noch nicht als Vertreter der Staatsidee auftraten und auftreten konnten [1]).

Auch die auf die Schwächung des Königthums gerichteten Bestrebungen der Fürsten dienten indessen zugleich zu seiner Erhaltung, da sie seiner Koncession bedurften, um die Oberherrlichkeit über die nachdrängenden, kleineren Herren und Vasallen zu behaupten. Dieselben Verhältnisse nämlich, welche ihnen einen wesentlichen Theil der Staatsgewalt zugebracht hatten, waren auch bei kleineren Herrschaften wirksam gewesen; ja, es hatte gerade der Kampf des Königthums mit dem Herzogthum den Uebergang des Grafenamts in das erbliche Eigenthum der Inhaber wesentlich befördert und entschiedener werden lassen, als beim Herzogthum selbst [2]). Nun hatten zwar die Herzoge im Heerbann ein Mittel, die kleineren Herren unter ihre Lehensherrlichkeit zu bringen; aber theils gelang dieß nicht überall, theils lag in dem Rechte der Gerichtsbarkeit, das auch so vielen kleineren Herren verliehen war, ein solcher Keim von Selbstherrlichkeit, daß nothwendig das Streben bei ihnen entstehen mußte, sich auch in andern Beziehungen unabhängig zu machen. Ueberall wirkten sich hier zwei Principien entgegen: einerseits der alte, stets in neuer Form auftretende, Grundgedanke, daß das Maß der politischen Bedeutung von der Größe des Grundbesitzes abhänge (wobei seit der entschiedenen Erblichkeit der Lehen zwischen diesen und den Allodien kein Unterschied mehr war), — andererseits die Unmöglichkeit, die Hoheitsrechte, die man hatte oder begehrte, aus einer andern Quelle abzuleiten, als aus der kaiserlichen Gewalt. Es war hier kein anderer Ausweg möglich, als der, den man wirklich wählte: dem Begriff der Amtsverleihung den der Belehnung zu substituiren, d. h. das politische Verhältniß in ein privatrechtliches aufzulösen. Das Herzogthum fiel, weil es dem Königthum auch jenen Spielraum zu beschränken trachtete, der für die

1) Eichhorn II. § 231.
2) Stälin I. S. 534.

Bischöfe und kleineren Dynasten unentbehrlich war, um ihre eigene, relative Souveränetät zu legitimiren und zu garantiren [1]). Es war der fixirte Widerspruch zwischen dem alten und neuen System, — das zum erblichen Eigenthum verwandelte Reichsamt, das seine Eigenschaft als Reichsamt nicht völlig aufgeben konnte, gleichwohl aber zu selbstherrlich geworden war, um noch wahrhaft als Amt gelten zu können. Sein Untergang war die Aufhebung des Widerspruchs. Seine Nachfolger versuchten nicht mehr das Widersprechende zu vereinigen. Sie setzten sich als Souveräne, und erkannten als Band mit Kaiser und Reich nur noch den Lehensnexus an.

Es entstand der Lehensstaat, der in Deutschland die Eigenthümlichkeit zeigte, daß sein Princip nicht den gesammten, gesellschaftlichen Zustand durchdrang, obgleich es auch für die Entwicklung der Mächte, die es beschränkten, von wesentlich bestimmendem Einflusse wurde, daß auch ferner das Königthum stets seine Spitze blieb, jedoch mehr als ideale, denn als reale Macht, und daß endlich die kleineren Grundherrschaften, wie das Königthum, das Opfer des Fürstenthums wurden, in welchem sich das Prinzip des Feudalsystems am intensivsten koncentrirte.

Der Lehensstaat steht im entschiedenen Gegensatze gegen den ältesten Gemeindestaat, wie gegen den karolingischen Beamtenstaat. Denn er kennt keine freie Gemeinde mehr, und ebenso ist ihm die Idee des Staatsamts und der darauf beruhenden Organisation der Gesellschaft verloren gegangen. Gleichwohl enthält er die Elemente der vorangegangenen Staatsformen in einer neuen Kombination. Einmal nämlich blieb der Grundgedanke der ältesten Verfassung, wornach das Maß der politischen Rechte von dem des Grundbesitzes abhing, auch jetzt noch der herrschende, aber er trat in wesentlich verschiedener Erscheinung auf. Die Staatsgewalt war von der freien Gemeinde an das Königthum übergegangen, daher von da an die Theilnahme an der Gemeinde nicht mehr das öffentliche, sondern nur noch das Privatrecht der Freien bestimmen konnte. Zuerst nun suchte das Königthum den Staat rein auf die Hierarchie der Staatsämter zu gründen. Aber dieser, dem romanischen Einflusse entstammende, Gedanke vermochte seine Abstraktion von jenem altgermanischen Principe nicht durchzusetzen. Es zeigte sich, daß ohne Verleihung von Grundbesitz weder die Treue der Beamten, noch

1) Eichhorn II. § 235—240. vgl. § 225.

ihr Ansehen zu erhalten war, ja daß, um sie nicht zu groß werden zu lassen, das Königthum eine weitere Klasse von Privilegirten sich zur Stütze schaffen mußte. Daher jener Ueberfluß von Schenkungen und Belehnungen und Gewährungen von Hoheitsrechten an größere Allodbesitzer, denen andererseits die aus den Veränderungen des Heerwesens sich ergebende Umwälzung der Grundbesitzverhältnisse zu gut kam. Unaufhaltsam verwandelte sich der Beamtenstaat in den Feudalstaat. Diese Verwandlung setzte aber den Untergang der freien Gemeinde voraus, deren Natur demokratisch war und auf gleicher Vertheilung des Grundbesitzes beruhte, während der Lehensstaat seiner Natur nach aristokratisch und durch ungleiche Vertheilung des Grundeigenthums bedingt war. Der Feudalstaat mußte daher auf völlige Zerlegung der freien Gemeinde in Herren und Schutzpflichtige ausgehen. In Deutschland gelang ihm dieß nicht, aber, soweit es ihm nicht gelang, konnte er auch das Unbezwungene nicht in sich aufnehmen. Innerhalb seiner konnte es nur privilegirte Freiheit und Unfreiheit geben. Wie nun den Rechten des Lehensadels dasselbe Princip zu Grund lag, worauf auch das politische Recht in der alten Gemeindeverfassung beruht hatte, so sprach er auch in der That kein anderes Recht für sich an, als die Konsequenz des alten Freiheitsbegriffs, die jetzt freilich in ganz neuen Wirkungen hervortrat. Die alte Gemeindeverfassung hatte den Begriff der wahren Obrigkeit und einer vom freien Willen unabhängigen Unterwürfigkeit nicht gekannt. Die Gemeinde hatte sich selbst regiert, und dem Freien hatten nur seine Genossen das Recht gewiesen, während die Unterwürfigkeit unter ein Gericht mit obrigkeitlich zwingender Gewalt als Zeichen der Unfreiheit gegolten hatte. Seit nun der Begriff der alten Freiheit sich auf die eminente Freiheit des Adels zu reduciren anfing, war es durchaus folgerichtig, wenn er darnach strebte, sich (durch das Mittel der Reichsstandschaft) selbst zu regieren, und wenn er sich gegen jeden Schein von Unterwürfigkeit unter eine nicht durch seine eigene Freiheit vermittelte Gewalt sträubte. Bewußt oder unbewußt mußte daher sein Streben dahin gehen, die Gewalt des Königthums zu einer bloßen Lehensherrlichkeit herabzusetzen, und die obrigkeitlichen Rechte über seine Hintersaßen an sich selbst zu bringen. In dieser Beziehung nahm daher der Lehensstaat auch das Grundelement der karolingischen Verfassung in sich auf. Seinen Hintersaßen gegenüber übte er die Rechte der Staatsgewalt

in der vollen Bedeutung obrigkeitlicher Macht aus, und bereitete dadurch innerhalb seiner Territorien die Entstehung eines neuen Amtsorganismus vor, während er allerdings die ihm selbst übertragene Amtsgewalt nicht als Amt, sondern als Eigenthum behandelte, und über sich keine reine Amtsgewalt mehr duldete, die mit seinem Streben nach Selbstherrlichkeit nicht verträglich war.

Der Lehensstaat trug übrigens in sich selbst den Keim seines Zerfalls. Denn sein Princip, daß der Freie keine wahre Staatsgewalt über sich anerkennen, sondern nur in vertragsmäßiger Abhängigkeit stehen könne, und, um sich in dieser Stellung behaupten zu können, die Rechte der Staatsgewalt in seinen eigenen Besitz zu bringen suchen müsse, berief Jeden zu dem gleichen Streben nach Unabhängigkeit, der Kraft genug hatte oder sich zutraute, um eine solche Stellung einzunehmen. Die, welche sie schon inne hatten, sahen sich fortwährend behufs ihrer Selbsterhaltung genöthigt, derlei Ansprüche zu befriedigen. So entstand eine vielverzweigte Lehenshierarchie, deren untere Stufen stets begehrlich nach den höheren drängten und für deren Macht ebenso gefährlich wurden, als jene es für die kaiserliche geworden waren [1]). Nicht nur aber bei solchen war dieß der Fall, welche selbst Staatshoheitsrechte zu erringen wußten, sondern auch bei dem allmälig nachrückenden, niedern Adel, der gegenüber den Fürsten und Herrn jedenfalls insoweit das alte Freiheitsrecht ansprach und theilweise durchsetzte, daß er zu ihnen gleichfalls nur in einem vertragsmäßigen, mithin lösbaren Verhältnisse stehen wollte. Im Lehensstaate entstand daher eine entgegengesetzte Bewegung: von unten nach oben, und von oben nach unten. Der Sieg der ersteren erfolgte mit der Auflösung der Herzogthümer. Allein von nun an war die zweite im Vortheil; das Fürstenthum, an die Stelle der Herzoge nachgerückt, bildete sich zur Landeshoheit aus, der sich die große Mehrzahl der kleineren Herren, sowie des niedern Adels, nicht zu entziehen vermochte. Gerade die Zeit der Gährung aber, während welcher jene entgegengesetzte Bewegung im Gange war, ist die Feudalepoche, deren sämmtliche Erscheinungen denn auch den Charakter der Gährung, der Unklarheit, der Gewaltsamkeit und des unbefriedigten Strebens an sich tragen.

Innerhalb der Lehenshierarchie selbst ist mithin an die Stelle

1) V. Meinwerci bei Leibnitz Scr. rerum Brunsv. I p. 550.

der Staatsgewalt die bloße Lehensherrlichkeit, an die Stelle der Unterthanschaft unter die Obrigkeit die bloße Vasallenschaft getreten. Der Kaiser ist in Beziehung auf das, was reale Macht verleiht, zum Gleichen der Fürsten herabgesunken. Die wesentlichen Rechte der Staatsgewalt sind in unendlich viele Hände als eigene Rechte übergegangen. Nur nach unten, d. h. den von Hause aus unfreien und durch den Uebertritt unzähliger Gemeinfreien angewachsenen Gemeinden gegenüber wird der Begriff der obrigkeitlichen Gewalt durchgesetzt. Dagegen ist dieß selbst gegenüber der (ihrerseits vielfach aus dem Stande der Unfreien rekrutirten) Ritterschaft nicht mehr möglich, die sich zum Stande abschließt, und innerhalb deren der Ministeriale allmälig dem Vasallen gleichgestellt wird. Es würde mithin der Lehenskörper gänzlich in eine Vielheit von Gleichen, in ein republikanisches Verhältniß mit Rangunterschieden auseinanderzufallen gedroht haben, wenn nicht einerseits die dem Rechte nach angesprochene Gleichheit in den Unterschieden der faktischen Macht ihre Korrektion gefunden, und wenn nicht andererseits die Lehensform schon von Anfang an in der Idee der Treue [1]) ein Element von staatlicher Natur, freilich noch in ziemlicher Formlosigkeit, aufgenommen hätte; wenn nicht endlich in Deutschland insbesondere in diese Treue, infolge des nie abgebrochenen Zusammenhangs mit dem karolingischen Kaiserthume, noch ein weiterer Inhalt, nämlich der mitten im Widerspruch des thatsächlichen Entwicklungsgangs allezeit festgehaltene Gedanke gekommen wäre, daß alle jene Rechte, durch deren Erstrebung man das Königthum aushöhlte, nur in diesem ihre Quelle haben und nur von ihm verliehen werden können, weßhalb denn auch die Gewalt der Territorialherrn durchgängig als beschränkt durch die in ihren eigenen Territorien mit ihnen konkurrirende Gewalt des Kaisers angesehen wurde.

So weit nun aber auch die Wirkung des Feudalprincips griff, so war sie doch nicht durchgreifend. Der Lehensstaat brachte es nicht zum allgemeinen, gesellschaftlichen Organismus. Vielmehr mußte er andere Mächte von wesentlich verschiedener Natur neben sich dulden — die Kirche und die städtische Freiheit.

An der Kirche des Mittelalters ist ein doppeltes Verhältniß zu unterscheiden [2]). Einerseits centralisirt sie sich, das Papstthum an

1) Stein III. S. 167.
2) Stein III. S. 299—303. vgl. Richter Kirch.-R. § 72—78.

der Spitze, als die allgemeine christliche Kirche, die sich über alle weltlichen Staaten als Ein geistlicher Universalstaat ausbreitet, um jeden Preis ihre Selbständigkeit gegenüber dem weltlichen Staate zu bewahren und zu befestigen sucht, und dieß auch in der Schöpfung des allgemeinen, kanonischen Rechts auf angemessene Weise zum Ausdruck bringt. Andererseits sieht sie sich genöthigt, als Nationalkirche in Berührung mit dem nationalen Rechtsleben zu treten, was nicht verfehlen kann, einen wechselseitigen Einfluß beider Elemente auf einander hervorzurufen, woraus eine beständige Bewegung der Verschmelzung und Umgestaltung entsteht. Dieses Verhältniß tritt denn namentlich auch in die Sphäre des Gerichtswesens herein, und führt zu einem Kampfe des kirchlichen Rechts mit dem des Lehensstaats, der in den wesentlichsten Punkten den Sieg des ersteren zum Resultate hatte.

Die Kirche mußte im fränkischen Reiche in den Proceß der Entwicklung des Feudalsystems eintreten. Denn in einer Zeit, die alle politische Bedeutung an den Grundbesitz knüpfte, durfte die Kirche in der Reihe der großen Grundbesitzer nicht fehlen, wenn sie nicht auf alle Machtentwicklung verzichten wollte. Sie verstand diese Aufgabe vortrefflich. Freilich lag aber in diesem Eingehen in die weltliche Staatsordnung zugleich eine große Gefahr für die Kirche, welche das Papstthum sehr wohl erkannte. Die Formen des weltlichen Lebens und des Besitzes der weltlichen Aristokratie gingen in die Kirche über, die sich in allen Lehenssachen dem Lehenrechte und Lehensprocesse unterwerfen mußte[1]). Dieser Gefährdung ihrer Selbständigkeit mußte die nach der Suprematie über alles Weltliche strebende Kirche möglichst zu begegnen suchen. Das unmittelbarste Gegenmittel lag eben in der Sphäre, welche die Gefahr enthielt, — darin nämlich, daß innerhalb ihrer Immunitäten die Kirche nicht gehindert war, mehr oder minder je nach den Gemeinden, ihr eigenes Recht mit ihrer Beamtenordnung und ihrem Verfahren in Anwendung zu bringen. Freier war sie natürlich, wo sie geradezu als Grundherrin auftreten konnte; allein auch den Mittelfreien gegen-

---

Walter Kirch.-R. § 95 f. Eichhorn R.G. II. § 270—276. Zöpfl R.G. II. 1. S. 91—98. Ders. Ztschr. f. d. R. IV. S. 113. K. S. Zachariäs Nachl. nr. IV. V.

1) Cap. 5. 13. X. de judiciis (II. 1.) Cap. 7. X. de for. comp. (II. 2.) Dieriex Mém. sur la ville de Gand. I. S. 253. n 2. Ritz Urk. d. Niederrheins S. 56. 57.

über konnte sie mittelst der Appellation wenigstens eine allmälige Verschmelzung des Landesrechts mit Grundsätzen und Formen des kirchlichen anbahnen. Den gleichen Vortheil genoß sie mittelst der immer wachsenden Anerkennung ihrer Gerichtsbarkeit über die Personen des geistlichen Standes, für welche kirchliche Gerichte eingesetzt wurden, die sich bald auch die Jurisdiction über die Geistlichen in ihren weltlichen Verhältnissen anzueignen wußten. Immer war aber die Kirche auch in diesen Beziehungen noch genöthigt, eine Verschmelzung ihrer Principien mit denen des weltlichen Rechts sich gefallen zu lassen, solange sie jener eigenthümlichen Gesetzgebung entbehrte. Um so entschiedener und rascher jedoch war, sobald diese erfolgt war, der Sieg des kanonischen Rechts in den kirchlichen Gerichten. Es war allmälig nicht nur die grundsätzliche Exemtion der Geistlichen von den weltlichen Gerichten auch in weltlichen Sachen [1]), sondern auch eine ungemeine Ausdehnung der geistlichen Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Sachen durchgesetzt worden, sofern die Kirche nicht nur alle Ehesachen ausschließlich vor ihre Gerichte zog, sondern eben diese Kompetenz bei allen Sachen ansprach, die um ihrer religiösen Beziehung willen nach den Kirchengesetzen beurtheilt werden müßten, ja noch überdieß eine Konkurrenz der geistlichen Gerichte mit den weltlichen für alle Fälle behauptete, wo wegen einer sündlichen Handlung Klage erhoben werde [2]). Außerdem hatte sich aber allmälig ein wahres Strafrecht der Kirche auch gegen die Laien entwickelt [3]): und seit Innocenz III. bildete sich das eigenthümliche, kirchliche Strafverfahren aus [4]), was beides eine großartige und feingegliederte Organisation der kirchlichen Behörden nöthig machte [5]). Diesem Organismus und seinem fein und konsequent ausgebildeten Rechte gegenüber konnte sich aber Recht und Verfahren des Lehensstaates am wenigsten innerhalb des Gebiets der Kirche selbst, und später auch außerhalb desselben nicht mehr halten. Gerade der Eintritt der Kirche in den Feudalstaat verschaffte vielmehr ihrem Rechte allmälig den Sieg auch in den weltlichen Gerichten [6]).

---

1) Cap. 10. X. de jud. (II. 1.) Auth. Statuimus. C. de ep. et cler. (I. 3.)
2) Cap. 3. 13. X. de jud. (II. 1.) Eichhorn Kirch.-R. II. S. 140 f.
3) Eichhorn ebd. II. S. 76—88.
4) Biener Beitr. zur Gesch. d. Inquis.-Proc. Eichhorn ebdas. II. S. 83 n. 21.
5) Eichhorn ebd. I. S. 632—640. R.G. II. § 319—323.
6) Stein III. S. 303—331.

Der Lehensstaat mußte mithin mitten in seinem Schooße das Wachsthum des, zu seiner Ueberwältigung berufenen, seinen Principien schroff entgegengesetzten, kirchlichen Rechts dulden. Die Nothwendigkeit hievon lag aber in dem gesammten Verhältnisse der Kirche zu dem mittelalterlichen Staate. Mit der Zersprengung des Reichs Karls d. Gr. war die Einheit der germanischen Nationen ihres Organs verlustig geworden, ohne daß doch diese Einheit aus dem Bewußtsein sich verloren hätte. Dem Bedürfnisse, ein neues Organ dafür zu gewinnen, kam nun eben die Kirche entgegen, und dadurch schwang sie sich zur Herrschaft über alle christlichen Völker auf. Zunächst mußte diese Herrschaft freilich auf eine geistliche Idee, nämlich auf die Pflicht der Kirche, die Reinheit des Glaubens allenthalben zu erhalten, gegründet werden [1]). Allein die Grenze dieses Begriffs war so unbestimmt, daß es leicht war, die Mehrzahl der Verhältnisse des weltlichen Lebens unter diesen Gesichtspunkt zu bringen und der Gesetzgebung und Rechtspflege der Kirche Antheil an den meisten sittlichen Lebenskreisen zu verschaffen. Dieß wurde aber der Kirche gerade dem Lehensstaat gegenüber dadurch unendlich erleichtert, daß dieser seiner Natur gemäß außer Standes war, die Gesammtheit der gesellschaftlichen Interessen zu umfassen, ja auch nur innerhalb des Kreises, den er beherrschte, Ordnung und Sicherheit dauernd zu begründen [2]). Eben diese Armuth des Lehensstaats an allem wahrhaft staatsbildenden Principe berechtigte die Kirche, sich der durch das herrschende System zur Rechtlosigkeit verurtheilten, hilflosen Menge anzunehmen, und eine Reihe sittlicher Lebenskreise, welche jenes System geradezu verwahrloste, unter ihre Obhut zu stellen. Sie mußte in so vielen Dingen geradezu an die Stelle des Staats treten, daß, auch abgesehen davon, daß sie allein der Sitz der Bildung und Intelligenz war, und durch die großartige Einheit und Konsequenz ihres allmälig sich ausgestaltenden Rechts eine ungemeine Ueberlegenheit über die Zerfahrenheit und Bildungslosigkeit des weltlichen Rechts gewann, ihr Sieg über den Staat unausbleiblich erfolgen mußte.

Die andere selbständige Macht, welche der Lehensstaat neben sich und im Gegensatz gegen sich zu ertragen hatte, war die städtische

---

1) Eichhorn II. § 318.
2) Eichhorn II. § 286.

Gemeinde [1]). Sie entwickelte sich nicht nur neben ihm und als seine Ergänzung, sondern sie trug auch das Princip in sich, dessen Verallgemeinerung den Untergang des Lehensstaats, und zugleich die Zurückweisung der Kirche in die ihr gebührenden Schranken enthielt. Gab sich in der Kirche das Individuum selbstlos einem alles besondere Wollen in seinen großen Zweck aufzehrenden Allgemeinen hin, und beruhte umgekehrt das Lehenswesen auf der Zersplitterung des Allgemeinen zu möglichster Individualisirung der Einzelnen, — so stellt sich in der Gemeinde eine neue gesellschaftliche Form dar, die beide Momente enthält, eine festgeschlossene Körperschaft, die aber nur als die freie That freier, untereinander gleicher Bürger entsteht und fortlebt. So gewiß diese Erscheinung in allem germanischen Rechtsleben sich entwickeln mußte, so ist sie doch in Deutschland in eigenthümlicher, eben durch die besondere Entwicklung des deutschen Lehensstaats bedingter Weise hervorgetreten.

Jenes, das allgemeine Hervorgehen der freien Gemeinde aus dem germanischen Lehensstaat, beruhte auf der inneren Nothwendigkeit, womit sich der aus Freiheit stammende und nach Freiheit strebende, industrielle Besitz im Gegensatz gegen den an Grund und Boden gefesselten und die Abhängigkeit in sich enthaltenden Agrikulturbesitz geltend machen und ebendeßhalb um seine Emancipation von dem, ganz auf den letzteren und das Maß seiner Vertheilung gegründeten Feudalganzen ringen mußte [2]). Vergebens suchte letzteres die erwachende, industrielle Freiheit in seinen Fesseln zu erhalten. Sie rang mit innerer Nothwendigkeit nach einer ihrem neuen Princip gemäßen Organisation, die sie sich denn zunächst auf beschränktere Weise in der Form der Gilden und Innungen [3]), sodann aber in der umfassenderen Form der freien städtischen Gemeinde [4]) zu erringen wußte.

Was dagegen die eigenthümliche Entwicklung des deutschen Städtewesens betrifft, so bekundete zwar in Deutschland, wie über-

1) Stein III. S. 258—273.

2) Hüllmann Städtewesen I. S. 207 f.

3) Wilda Gildenwesen.

4) Eichhorn Zeitschr. I. S. 220 f. II. S. 165 f. R.G. II. § 224. a. b. 243. 263. 284. 310—313 III. § 431—434. v. Löw § 35. 47. 61. Gaupp deutsche Städtegründung. v. Lancizolle Grundz. d. Gesch. d. deutschen Städtew. Hüllmann Städtewesen. Unger altdeutsche Ger.Verf. S. 352—362.

all, der Lehensstaat seine Einseitigkeit darin, daß er zwischen der Selbstherrlichkeit des Grundbesitzes und der Abhängigkeit der hörigen oder schutzpflichtigen Gemeinde ein Drittes nicht kannte, und daher den industriellen Besitz, sobald ein solcher sich entwickelte, zu einer oppositionellen Stellung drängen mußte. Während nun aber in Frankreich eine Zeitlang der Lehensstaat den gesammten gesellschaftlichen Verband durchdrungen hatte, demselben aber sofort in dem Organ des centralisirenden Königthums der wahre Staat mit ebenso Alles durchdringender Macht entgegentrat und nach langem Kampf vollständigen Sieg erfocht, — so hatte in Deutschland der Lehensstaat sich nie zu so ausschließlicher Geltung bringen können; vielmehr war die Idee der organischen Staatsgewalt im Kaiserthum fortwährend festgehalten geblieben, und bildete die Schranke, welche die Isolirung der Feudalherrschaften zu vollständiger Selbstherrlichkeit hinderte, während zugleich die mit dem Wiedererstehen der Volksherzogthümer beginnende Entwicklung des Fürstenthums den Druck der kleineren Mächte gegen oben paralisirte. In Frankreich warfen sich daher die Gemeinden nach kurzer Periode der Unabhängigkeit dem Königthum in die Arme und entwickelten sich zu bloßen Gliedern des Staatsganzen [1]. In Deutschland dagegen fiel Entstehung und Wachsthum des Städtewesens in die Zeit der allmäligen Auflösung der centralen Staatseinheit. Zuerst treten daher die neuen Gemeinden noch als Glieder des Ganzen auf, als die Sammelpunkte für die Gemeinfreien, die weder in den Ritterstand übergehen, noch in die Unfreiheit hinabsinken, vielmehr das Waffenrecht behalten, und ebendeßhalb zum Anziehungspunkt für alle diejenigen werden, welche in der eigentlichen Lehenshierarchie keine Stelle finden [2]. Gerade in Deutschland hatte sich die gemeine Freiheit mit mäßigem Grundbesitze massenhafter erhalten, und es war davon genug übrig geblieben, um die Fortdauer oder Neubildung ganzer Gemeinden von freien Leuten möglich zu machen. Solche kompaktere Massen konnten nicht zur Hörigkeit herabgedrückt werden, wenn es auch an Versuchen dazu nicht fehlte. Die Feudalherrschaften mußten ihnen eine Organisation zu geben suchen, worin ihre Mittelstellung zwischen Herrschaft und Knechtschaft sich ausdrückte. Dazu wirkte das König-

1) Ueber die flandrischen Städte, die gewissermaßen das Mittelglied bildeten, s. Thomas, Oberhof von Frankfurt S. 36. 37. 41—49.

2) Eichhorn II. § 243. f. g.

thum mit, sofern es in den Reichsvogteien dieselben Einrichtungen traf, die dann, freier sich selbst überlassen, Vorbilder und Vorkämpfer wurden. Schon durch die Befestigung, die sie schon hatten, oder erst erhielten, waren diese Orte als eigenthümliche Erscheinung ausgezeichnet. Sie wurden es aber noch mehr durch ihre innere Verfassung. Immer erschienen sie aber vorerst als Theile des bestehenden Systems, nämlich als Immunitäten, denen ein bischöflicher oder kaiserlicher Vogt als Vertreter des ordentlichen Beamten vorgesetzt war. Sobald nun die eigenthümliche Entwicklung des industriellen Besitzes begann, wäre es die Sache des Kaiserthums gewesen, die Opposition desselben gegen den Grundbesitz zu begünstigen, sofort aber die staatsfeindliche Gewalt des Lehenssystems mit Hülfe der Städte zu brechen, und beide Elemente einem durchgreifenden, gesellschaftlichen Organismus als relativ selbständige Glieder einzuordnen. Allein für eine solche Machtentwicklung war es um diese Zeit für das Kaiserthum bereits zu spät. Es geschah daher nichts, um jene Aufgabe zu verwirklichen. Im Gegentheil traten die Kaiser sogar auf die Seite der Grundherrschaften in ihrem Kampf mit den Städten. Gleichwohl aber blieb das Kaiserthum für die Entwicklung des Städtewesens wenigstens mittelbar von Bedeutung durch die Förderung, welche es den Reichsstädten angedeihen ließ. Indem diese die landesherrlichen Städte nach sich zogen, gelang es eben den deutschen Städten, durch ihre eigene Kraft sich von der Herrschaft des Lehenswesens zu befreien und eine, diesem entgegengesetzte, Selbstherrlichkeit zu erringen. So konnte es denn freilich zu einer Einordnung der städtischen Gemeinden in einen Gesammtorganismus der Gesellschaft nicht kommen; vielmehr wurden sie souveräne Körper, wie die Lehensherrschaften. Allein sobald dieß vollendete Thatsache war, so wurden nun auch die Städte neben den in Landesherrschaften sich verwandelnden Lehensherrschaften die Wiege des modernen Staats, der eben in der verschiedenartigen Mischung der Besitzelemente, indem hier der industrielle, dort der Grundbesitz vorherrschte, den Stoff zu einer reichen Detailentwicklung erhielt.

Von Anfang herein waren die Städte, wie gesagt, eine Anomalie in dem bestehenden Lehenssysteme. Wenn gleich daher die Feudalherrschaften nicht umhin konnten, ihnen eine Stellung zu lassen, welche von der Stellung unfreier Gemeinden sehr abstach, so mußte

in ihnen doch das Bestreben entstehen, diesen Unterschied aufzuheben. Vor allem daher das Bestreben, befestigte Burgen mit Dienstleuten in den Städten zu haben, nicht nur zum Schutze gegen außen, sondern auch zur Abwehr gegen die steigende, innere Selbständigkeit. Ferner die Bemühungen, die Städte unter hofrechtliche Formen zu bringen. Die Gerichtsbarkeit lag in den Händen herrschaftlicher Beamten (Vogt und Schultheiß). Zoll und Marktpolizei handhabte ein herrschaftlicher Zöllner, das Münzwesen ein herrschaftlicher Münzmeister. Den Handwerkergenossenschaften standen herrschaftliche Beamte vor [1]). Obgleich nun die freien Grundeigenthümer nur zum Reichskriegsdienst und zu den Kriegs- und Landfrohnen verpflichtet waren, so ging doch das natürliche Bestreben dahin, sie auch den persönlichen Diensten und besonders den Abgaben zu unterwerfen, wozu die Hintersaßen verbunden waren [2]). Allein eben dieses Streben, von einer neuen Thätigkeit, die dem System des Grundbesitzes fremd und von seiner Seite ohne Schutz war, einen mühelosen Gewinn zu ziehen und ihr Fesseln anzulegen, die ihrem Princip widersprachen, rief jene großartige Reaktion hervor, in welcher sich die neuen Gemeinden von den Fesseln des Lehenswesens befreiten und zur Selbstherrlichkeit aufschwangen [3]). Wie auch immer das Institut des städtischen Raths entstanden sein möge, so ist gewiß, daß dieser Rath [4]) mit der Zeit die herrschaftlichen Beamten verdrängte, und allmählig die selbständige Verwaltung aller inneren und äußeren Angelegenheiten der Stadt an sich brachte. Gerade in den Städten wurde ferner die gründlichste Verschmelzung des freien und unfreien Standes vorbereitet [5]). Anfangs zwar gehörten zur freien Gemeinde nur die rittermäßigen Bürger, und eben dadurch stieg ihre Genossenschaft an Ansehen, sofern auch Freie vom Lande in die Städte zogen, oder gegen Uebernahme von Bürgerpflichten das Bürgerrecht auch ohne Veränderung des Wohnorts zu gewinnen strebten. Aber früher oder später wurden auch die hörigen Handwerker und andere Schutzgenossen in die freie Gemeinde auf-

1) Vgl. auch Bluntschli I. S. 126—132. Donandt I. S. 61—77. 96—100. 222.

2) Kraut Grundriß § 15. nr. 17. 20. 21.

3) Donandt I. S. 50—59. 116 f.

4) Kraut § 15. nr. 63. 87.

5) Donandt I. S. 114. 115. vgl. S. 65—77. Zöpfl Bamb. R. S. 59—64. 98. nr. 29.

genommen [1]). Zwar hatten die deutschen Städte nicht die ausnehmend günstige Stellung der lombardischen. Gleichwohl wuchs auch ihre Macht, die sie durch Erwerbung von Grundbesitz zu verstärken wußten, so kräftig heran, daß der Herrschaft von ihrer vogteilichen Gewalt bald nicht viel mehr, als die Gerichtsbarkeit übrig blieb, und endlich nicht selten auch diese von den Gemeinderäthen errungen wurde [2]).

Es lag in der Natur der Dinge, daß die städtischen Gemeinden zuerst durch die eigene kräftige Entschließung ihrer Mitglieder entstanden, die hiefür an dem weitverbreiteten Gildenwesen das Muster hatten [3]). Wie diese Gilden als neue Gestaltung der alten Geschlechtsgenossenschaften erscheinen und dadurch den Zusammenhang mit der ältesten Verfassung herstellen [4]), so haben sie doch wieder ihr eigenes Princip, indem sie, den Typus der Familie ganz verlassend, sich vollständig als Korporationen darstellen. Eben dadurch wurden sie nun der Typus für die neue Gestaltung des Gemeindewesens, das sich in der Form der Korporation entwickelte. Was in der Form der Gilde vorerst nur vereinzelt dastand, und in Beziehung auf den Umfang der Verbindung nach Personen und Zwecken zufällig erschien, daher weder in sich selbst hinreichende Kraft besaß, noch bei der öffentlichen Macht seine Anerkennung durchzusetzen vermochte, das wurde eben anders, sobald es auf die Form des örtlichen Zusammenlebens angewandt wurde. Wenn eine städtische Gemeinde als solche das Princip der Gilde erfaßte, so trat sie eben damit in entschiedenen Gegensatz gegen das Lehenswesen und die Eingriffe seiner grundherrlichen Gewalt. Wie diese ihre Burgen in den Städten hatte, um deren auftauchende Selbständigkeit zu bezwingen, so befestigten sich jetzt die Städte nicht nur gegen ihre und des Grundherrn gemeinsame Feinde, sondern auch gegen den Grundherrn selbst [5]). Um der Lehensherrschaft mit Erfolg entgegentreten zu können, erwarben sie selbst Grundbesitz und nahmen waffenfähige Bürger auf; sie konstituirten sich selbst zu kriegerischen Körperschaften,

---

1) Eichhorn II. § 243. Donandt I. S. 112.

2) Eichhorn II. § 310. Donandt I. S. 130—238. Bluntschli I. S. 387—396.

3) Lappenberg Vorr. zu Sartorius Urk.-Gesch. d. Hansa.

4) v. Sybel Entst. d. Deutsch. Königth. S. 19.

5) Hüllmann Städtewesen II. S. 165—197. Donandt I. S. 100—115. 228.

und nahmen Wappen und Fahnen an. Allein der äußere Kampf war nur der Wiederschein des innern, den sie gegen die herrschaftlichen Rechte führten. Vor Allem forderte das Aufblühen von Handel und Gewerbe und der dadurch erzeugte Wohlstand kräftigen Schutz gegen den Neid der Herrschaften, die diesen Reichthum besteuern wollten. In der Gerichtsbarkeit jener Zeit lag aber zudem eine solche Menge von Verwaltungsbefugnissen, daß die neuen Gemeinden, solange sie die herrschaftlichen Gerichtsbeamten zu ertragen hatten, sich allerseits gehemmt und niedergehalten finden mußten, um so mehr, da eine reiche Sphäre administrativer Thätigkeit eben erst durch die Entstehung und Ausbildung der Städte in Bewußtsein und Leben trat. Die Städte mußten daher vor Allem nach eigenem Steuerrecht streben. Sie mußten ferner von den in der Gerichtsbarkeit liegenden Rechten soviel als möglich an sich zu bringen, und in beiden Beziehungen selbständige Verwaltungskörper zu werden suchen. Beides gelang ihnen mehr und mehr [1]. Sie wußten sich vom Kaiser das Stapel- und Einlagerecht, von den Landesherrn das Markt- und Geleitsrecht, Zollfreiheit und Münze, und andere Privilegien, besonders aber die Bestätigung ihrer Zunfteinrichtungen zu verschaffen, aus denen später die Demokratisirung ihrer Verfassung und ihre höchste Machtentwicklung hervorgieng. Seit dem 13ten Jahrhundert erwarben sie auch meist durch Kauf oder Verpfändung die Gerichtsbarkeit, auf die sie durch die aus der Gemeinde genommenen Schöffen von jeher Einfluß gehabt, und deren Verwaltungsbefugnisse sie größtentheils schon an sich gebracht hatten [2]. Damit mußte aber die autonomische Rechtsbildung Hand in Hand gehen. In der That bildeten denn auch die Städte nicht nur ihr bürgerliches Recht in fast völliger Unabhängigkeit fort, sondern sie traten auch in Allem, was die Polizei betraf, und wohin man damals unendlich Vieles rechnete, selbstgesetzgebend auf [3]. Alle diese Machtentwicklung verdankten sie nun freilich vornämlich ihrer eigenen, d. h. der Kraft des Princips, aus dem ihre Entstehung hervorging. Mittelbar wurden sie aber darin gefördert durch die Leichtigkeit, womit sie diese Entwicklung in den Reichsvogteien durchmachen

1) Eichhorn II. § 312. Hüllmann II. S. 629. 630. v. Lancizolle S. 48—75.

2) Häberlin Reichs-Gesch. VIII. S. 259 f.

3) Eichhorn II. § 263. 284.

konnten, und durch die Privilegien, womit ihnen auch auf Grund und Boden des geistlichen und weltlichen Adels die Kaiser zu Hülfe kamen [1]).

Nachdem aber die principielle Opposition des industriellen Besitzes gegen den Grundbesitz sich einmal durchgesetzt hatte, so fanden nun freilich die Deutschen Städte am Kaiserthum keinen Halt mehr. Sie standen nun, auf sich selbst angewiesen, dem Lehenssysteme gegenüber und vollendeten in kampfreicher oder friedlicher Entwicklung ihre Ausbildung zu reichsunmittelbaren Korporationen. Indessen hatten sie hiebei die Grundherrschaften keineswegs immer gegen sich [2]), obgleich die Principien beider sich feindlich entgegenstanden. Im Gegentheil verdankten sie den Grundherrschaften viele ihrer wichtigsten Privilegien, nicht selten ihre Entstehung. Dieß deßhalb, weil eben in die Zeit der Entwicklung des Städtewesens auch die Entwicklung des Fürstenthums zur Landeshoheit fiel, daher die Fürsten nach einer Seite hin mit den Städten gemeinsames Interesse und von ihrem Aufblühen Vortheil hatten [3]). Indem das Fürstenthum, gegen das Kaiserthum gekehrt, für sich die Selbstherrlichkeit erstrebte, mußte es auch die Städte darnach streben lassen, wenn es nicht seine Kräfte in doppeltem Kampfe zersplittern wollte. Daher erscheint es eine Zeit lang in einer Art von Waffenstillstand mit den Städten, deren Entwicklung es Schritt für Schritt Raum gewinnen läßt; wodurch es denn auch geschah, daß zwischen Reichs- und Landstädten allmälig fast aller Unterschied verschwand [4]). Die Städte wurden souverän, wie die Fürsten selbst, und erst nachdem dieß beiden gelungen war, tauchte bei letzteren auf's Neue das Bestreben auf, die Städte sich unterzuordnen, d. h. sie in den Organismus des modernen Staats einzureihen. Dem Mittelalter lag aber diese Bewegung im Ganzen noch fern. Hier entschied die Auflösung der im Kaiserthum vertretenen Staatseinheit für die Selbstherrlichkeit der Städte, die sie erst im Kampf mit den Lehensherrschaften, und dann durch fortschreitende Koncessionen derselben errangen [5]). Sie wurden eine neue Welt, die, von ihrem eigenen Princip getragen, sich in eigener

1) Eichhorn II. § 291. Anm.

2) Spittler Gesch. v. Hannover I. S. 32 f. J. v. Müller Gesch. d. Schweiz I. Kap. 14.

3) Eichhorn III. § 433. not. g.

4) Eichhorn II. § 431. v. Löw § 61.

5) Eichhorn II. § 433. v. Löw § 59.

Art fortbewegte, ihr eigenes Recht sich schuf, und den Staatsbegriff unmittelbar sich selbst anpaßte. Am entschiedensten machte diese eigene Art sich geltend, seit die Stadtverfassung selbst auf die Zünfte gegründet wurde, und damit dem Lehensstaate der korporative im schärfsten Gegensatz entgegentrat [1]).

Aus dem Bisherigen erhellt, daß für die so scharf unterschiedenen Lebenskreise auch ein verschiedenes Recht sich bilden mußte, insbesondere auch ein verschiedenes Strafrecht, da eben dieses seine besondere Gestaltung wesentlich durch die Art und Weise erhält, wie der Einzelne dem sittlichen Ganzen, dem er angehört, untergeordnet ist.

Nur freilich soll nicht behauptet werden, daß die Wirklichkeit eine so scharfe Sonderung der Principien aufgewiesen habe, wie sie für die Darstellung erforderlich ist, da vielmehr jene ganze Zeit der Auflösung des karolingischen Staats eine Zeit unordentlicher Gährung war, der es vor Allem am wissenschaftlichen Bewußtsein fehlte, daher denn in der Wirklichkeit die verschiedenen Kreise vielfach ineinander laufen, von einander borgen, und alle überdieß in einer beständigen Bewegung sind, vermöge deren die Veränderungen in Begriffen und Einrichtungen überall nur schrittweise vor sich gehen [2]).

Gleichwohl hat sich mittelst dieser, allmälig die ganze Gesellschaft ergreifenden und umarbeitenden Bewegungen auch das Strafrecht der karolingischen Periode wesentlich umgestaltet und ist in verschiedene, neue Bildungen eingegangen. Die Partikularisation ging aber nicht blos nach verschiedenen, gesellschaftlichen Lebenskreisen vor sich, sondern es hing damit zusammen, daß sie auch eine örtliche werden mußte. Je lockerer nämlich die Staatseinheit wurde, je entschiedener die alten gesellschaftlichen Grundlagen verschwanden, und neue Stände, einer vom andern abgeschlossen, sich bildeten, jemehr dann die Vertheilung der Staatsgewalt diesen neuen gesellschaftlichen Theilungen folgte, ohne doch als centrale ganz aufgehoben zu sein, so daß sie nun lange Zeit hindurch an keinem Orte mit gehöriger Stärke hervortreten konnte, — um so größeren Spielraum erhielt die Autonomie in den einzelnen gesellschaftlichen Kreisen, die

1) Eichhorn II. § 312. III. § 432. v. Lancizolle S. 55—60. Hüllmann II. S. 446—499.

2) Stein III. S. 166. 187.

dann, bei aller Gemeinsamkeit in den Grundlagen der neuen Rechtsbildungen, doch die größte lokale Mannigfaltigkeit mit sich brachte, jemehr beim Mangel an wissenschaftlichem Bewußtsein das nächste Bedürfniß überall das allein Bestimmende war [1]). Neben der autonomischen Rechtserzeugung fehlte es aber fast ganz an einer gemeinsamen Gesetzgebung [2]), und an der Ueberwachung der partikularistisch wuchernden Rechtsbildung durch ein oberstes Reichsgericht. So löste das Recht des Mittelalters sich allmälig auf in eine Menge von Gewohnheitsrechten größerer und kleinerer Kreise, Einigung der verschiedenen Stände unter sich und unter einander, Selbstgesetzgebungen der Städte 2c. Gerade in dieser allgemeinen, ständischen und örtlichen Zersplitterung des nationalen Rechts lag aber das Beförderungsmittel für die wachsende Suprematie der sich in sich selbst zusammenschließenden, mit ihrem Rechte das ganze Gebiet der Sittlichkeit umspannenden, lange Zeit allein das Princip der allgemeinen Ordnung der Gesellschaft vertretenden Kirche.

Was nun zuerst die Lehenssphäre betrifft, so mußte hier ein doppeltes Strafrecht sich bilden, das eine für die blos durch das Lehensband Gebundenen, das andere für die dem obrigkeitlichen Zwange der Lehensherrschaften Unterworfenen. Auch dieser Unterschied war zwar nicht rein durchzuführen, sondern beides lief vielfach durcheinander; doch war immer das eine oder das andere Moment das Ueberwiegende.

Alle diejenigen, welche durch Unterwerfung vormals freier Leute unter ihre Oberherrlichkeit eine Stellung errangen, die sie zum Streben nach Selbstherrlichkeit führte, mußten darauf bedacht sein, sich selbst jedem Verhältnisse zu entziehen, das ihre eigene Unabhängigkeit gefährdete. Keines aber war hiezu geeigneter, als wenn sie die vollkommene Gerichtsbarkeit eines Andern, als des Kaisers, über sich hätten anerkennen müssen. Denn mit der Gerichtsbarkeit jener Zeit war Alles verbunden, was später unter die Kategorie der Polizei und der Regierung überhaupt fiel. Da nun die Feudalzeit eben darin ihren Charakter hatte, daß das Amt in erblichen und eigenen Besitz seines Inhabers sich verwandelte, so wäre allerdings in jener Anerkennung zugleich die einer Abhängigkeit gelegen, welche zur Unterthänigkeit führen mußte. Anders verhielt es sich

1) Eichhorn II. § 209. 257—261. 346. Zöpfl II. 1. § 21—25.
2) Eichhorn II. § 260. not. c. d. § 262. Zöpfl § 26.

mit der Gerichtsbarkeit des Kaisers, die nur als Amt, nicht als Privatbesitz erschien, daher den ihr Unterworfenen in seiner Freiheit um so weniger beeinträchtigte, als einerseits in dem kaiserlichen Gerichte das Urtheil nur von den Pärs des zu Beurtheilenden gefunden wurde, andererseits der Grundsatz anerkannt war, daß der Kaiser selbst vor eben diesen zu Recht stehen müsse. Zunächst fanden daher die nach Selbstherrlichkeit Strebenden in der Unterwerfung unter das Gericht des Kaisers keine Schranke, und ihr Streben ging nur dahin, reichsunmittelbar zu bleiben, und jede andere, als eine bloße Lehensabhängigkeit von sich abzuhalten. Solange das Königthum noch bei Kräften war, hatte dieses Bestreben auch guten Erfolg, da dasselbe in seinem eigenen Interesse auf die Schwächung und Vernichtung der Herzogthümer hingewiesen war und sich eben hiezu mit den kleineren Dynasten verbündete, welche durch das Herzogthum ihre Selbständigkeit zu verlieren fürchteten. Der Erfolg war aber, daß eben die kleineren Dynasten an die Stelle der Herzoge nachrückten und vom Kaiser die urkundliche Anerkennung der schon in großem Maße an sie übergegangenen Souveränetätsrechte erhielten [1]). Dieser Erfolg hatte eine doppelte Konsequenz. Einmal mußten die Fürsten und Herren, die soviel errungen hatten, nothwendig noch einen Schritt vorwärts thun: sie mußten das Princip des Herzogthums zu dem ihrigen machen, d. h. nach der vollen Landeshoheit streben und gegen das Königthum eine bloße Lehensabhängigkeit anerkennen [2]). Umsomehr mußte aber bei allen denjenigen, welche nun ihrerseits in Gefahr waren, des Vortheils der Reichsunmittelbarkeit verlustig zu gehen, das Bestreben entstehen, diese Gefahr von sich abzuwenden. Sie suchten daher ebenso der Oberherrlichkeit der Fürsten zu entgehen und diese auf eine bloße Lehensherrlichkeit zu beschränken, wie jene dasselbe gegenüber dem Königthum anstrebten. In Deutschland fanden nun aber diese Versuche des nachrückenden, niedern Adels an der erstarkenden Macht des Fürstenthums ihre Schranke. Nur freilich bedurfte die Ausbildung der Landeshoheit aus einer Reihe von Elementen, die ihrer Entstehung nach einem andern Staatssysteme angehörten, längerer Zeit [3]), und ihr Fortschreiten stand in Wechselwirkung mit einer

1) Eichhorn II. § 234. a. 235. 247. Anm. 2.
2) eb. II. § 225. 231. 300.
3) eb. II. § 222—225. 234. a. 299—314. III. § 418. 433. not. a.

fortgehenden Auflösung der bisherigen Staatseinheit, die nicht ohne heftige Krisis vor sich gehen konnte. Insbesondere wurde auch noch infolge der durch diese Spaltung im Innern des Feudalreichs herbeigerufenen, feindseligen Einwirkung der kirchlichen Macht, sowie in Folge der mehr auf Herrschaft in Italien, als auf Befestigung der Deutschen Staatseinheit gerichteten Politik der Hohenstaufischen Kaiser dem Kaiserthum der Nerv seiner Macht abgestumpft [1]). Bezeichnend für Deutschland blieb aber gerade, daß hier im Fürstenthum sich jene Mittelmacht erhielt, welche den Andrang der untern Mächte aufhielt, und ebensolang, bis sie zur Landeshoheit erstarkt war, das Königthum in ihrem eigenen Interesse, freilich nicht als reale, sondern als ideale Macht aufrecht erhielt.

Der Sieg der oberen Schichte des Adels über die kleineren Grundherrschaften, wobei jene wieder durch die mit gleichem Glück zur Selbstherrlichkeit aufstrebenden Städte im Schach gehalten wurde, konnte jedoch, wie gesagt, nicht ohne einen langwierigen, die Grundfesten der Gesellschaft erschütternden Kampf vor sich gehen. Zur Zeit der Hohenstaufen, wo die Landeshoheit den ersten, urkundlich anerkannten, entscheidenden Sieg errang, war das Verhältniß einer Menge Personen zum Reich oder zu einem Territorium noch sehr unbestimmt und schwankend [2]). Einerseits zählten zum Herrenstand Viele, welche später landsäßig wurden; andererseits wußten sich Viele zur Reichsunmittelbarkeit heraufzuarbeiten, die ihrer Geburt nach nicht zum Herrenstand gehörten. Besonders war den Grafschaften, die unter ein Fahnenlehen gehörten, ihr Verhältniß gefährlich, weniger den andern, die wenn auch lehenbar, sich doch von den Fürstenthümern unabhängig erhalten hatten, weil hier meist die Eine Grafschaft von verschiedenen Herrn zu Lehen ging [3]). In derselben Gefahr befanden sich die in einer Reichsvogtei Gesessenen, die, ohne Reichsstände zu sein, sich wenigstens der Reichsunmittelbarkeit erfreuten, namentlich die Städte, mit welchen die bischöflichen Städte in gleicher Lage waren. Ueberall entstand in solchen Verhältnissen das natürliche Bestreben, sich um jeden Preis in unmittelbarer Verbindung mit Kaiser und Reich zu erhalten, was denn

1) eb. II. § 245—253. 286. 387. 391 f.

2) Weiske de septem clyp. milit. Ders. Grundsätze d. deutschen Priv.-R. nach dem Sachs.Sp.

3) Eichhorn II. § 290. 299. 300. 337. III. § 396.

auch mehreren der Gefährdeten, besonders den Städten gelang. Die Gefahr selbst lag übrigens solange noch entfernter, als dem Königthum wenigstens eine mit der neuen landesherrlichen konkurrirende Gewalt erhalten blieb [1]), vermöge deren der Kaiser noch überall, wo er hinkam, selbst zu Gericht sitzen und alle noch nicht rechtshängigen Klagen entscheiden, daher auch die kaiserlichen Gerichte noch alle derartigen Klagen annehmen, überdieß aber der Kaiser den unter einem Landesherrn gesessenen, freien Leuten beliebig Rechte und Privilegien verleihen konnte, wodurch jene in der Ausübung der ihnen verliehenen Hoheitsrechte beschränkt wurden. Bemühte man sich doch lange vergebens, das allmählig sich entwickelnde Verhältniß der Landeshoheit durch einen angemessenen Ausdruck zu bezeichnen. Seit dem Ende des 12ten Jahrhunderts ging es jedoch hiemit rascher voran, und in demselben Verhältnisse sank die Macht des Kaiserthums, das die Ausführung seiner Befehle nur noch den Landesherrn und Reichsvögten anvertrauen, und keine ständige Behörde von bloßer Amtsnatur mehr schaffen konnte. Von da an mußten denn auch diejenigen, die nur unvollständige Landeshoheit hergebracht hatten, eine größere oder geringere Abhängigkeit von den in der Entwicklung zur Selbstherrlichkeit weiter Vorangeschrittenen anerkennen [2]).

Der Zustand der Gährung nun, welcher der vollen Entwicklung dieser Verhältnisse vorherging, machte zuvörderst allen denen, welche mit mehr oder minder Glück zur Souveränetät sich emporarbeiteten, eine Pflicht der Selbsterhaltung daraus, sich jeder Gerichtsbarkeit zu entziehen, deren Anerkennung für sie die der Landsäßigkeit würde in sich geschlossen haben. Sie mußten wo möglich in den Stand der Semperfreien zu kommen suchen, über deren Lehen und Erbe, Ehre, Leib und Leben nur der Kaiser richtete [3]). War es nun auch nicht möglich, durch Standeserhöhung in den Herrenstand zu gelangen, so wurde es doch durch andere Umstände, besonders die theilweise Verwischung der alten Gerichtssprengel erleichtert, und ein Anhalt für das Streben nach der Erhaltung der Reichsunmittelbarkeit lag in der längere Zeit hindurch fortgehenden

1) Sächs. L.-R. III. 60. Schwäb. L.-R. (Laßb.) § 133. Urk. bei Eichhorn II. § 293. not. b. c.

2) Eichhorn II. § 291—300. III. § 396. 400. 418.

3) Sächs. L.-R. III. 55. Eichhorn II. § 293. not. b. § 337. not. n.

Erhaltung kaiserlicher Pfalz-, Hof- und Landgerichte, die noch als unmittelbare Organe von Kaiser und Reich galten [1]). Nun bewirkte freilich die Entwicklung der Landeshoheit, daß diese kaiserlichen Gerichte größtentheils, wie die Reichsvogteien, oder mit diesen in die Hände der Reichsstädte kamen und entweder untergingen, oder, wie es mit der Mehrzahl der alten Gaugerichte längst geschehen war, in Territorialgerichte verwandelt wurden [2]). Allein eben dieser Uebergang war ein allmäliger und meist vielfach bestrittener. Es konnte darum nicht anders sein, als daß die vorgedachten Personen sich erst um jeden Preis an die Reichsunmittelbarkeit festklammerten, wo aber dieß nicht mehr thunlich war, zur Selbsthülfe griffen, die ihnen allein übrig blieb, wenn sie nicht durch Anerkennung der Gerichte eines Landesherrn sich der Gefahr des Landsäßigwerdens aussetzen wollten. In dieser Lage befand sich ein großer Theil des kleinen Herrenstandes, der Ritterstand, alle Städte, denen das Joch der Landeshoheit drohte, alle Klöster und Stifter, denen es nicht gelang, ihre Vögte abzuschütteln.

Die erste und bezeichnendste Form des Strafrechts im Lehensstaate war mithin das von der Reichsgesetzgebung selbst anerkannte Fehderecht, in welchem man weder die nakte Anerkennung des Stärkeren, noch auch die reine Fortsetzung oder Wiedererweckung des altgermanischen Racherechts bei unsühnbaren Missethaten [3]) sehen darf. Auch die Schwäche der Gerichte [4]) genügt nicht zur Erklärung, wenigstens nicht allein.

Der tiefere Grund liegt vielmehr in den oben geschilderten Verhältnissen. Gegenüber von Frankreich [5]) fand zwar in Deutschland das Eigenthümliche Statt, daß eine staatsrechtliche Unterordnung unter das Kaiserthum stets anerkannt wurde. Denn, daß die Fürsten und Herren vor dem Kaiser zu Recht stehen müssen, war und blieb Grundsatz. Aber diese Gerichtsbarkeit war in Wahrheit nur eine solche, welche die Semperfreien über sich selbst (und über den Kaiser als Ihresgleichen) ausübten; sie wurde daher so wenig als Schranke empfunden, als die Gerichtsbarkeit der kaiserlichen

1) Eichhorn II. § 291. Anm. § 293.

2) eb. II. § 291. Anm. 302. III. § 418. v. Löw § 48. 59.

3) so Eichhorn II. § 379. vgl. aber III. § 408 Anm. 2. § 433. not. a.

4) v. Wächter Beitr. z. Deutsch. Gesch. S. 47—58. 253—256. vgl. Wilda in Weiske's Rechtsler. VI. S. 255 f.

5) Stein III. S. 44—49.

Pfalz-, Hof- und Landgerichte, solange diese nur als Ausfluß der kaiserlichen Machtvollkommenheit erschien. Allein der Uebelstand lag darin, daß diese kaiserliche Gerichtsbarkeit immer mehr in die Hände der Reichsstände überging und hiemit den Charakter des Amts verlor, d. h. den Untergebenen mit einer ganz andern Abhängigkeit bedrohte, während die immer mehr zusammenschmelzende Reichsgerichtsbarkeit an Macht und Ansehen nothwendig immer mehr einbüßte. Es mußte daher unzählige Fälle geben, wo ein in bürgerlichen oder peinlichen Sachen Rechtsuchender keines finden konnte, weil er es bei dem Gerichte eines Landesherrn, wo er es etwa hätte finden können, nicht suchen wollte, und bei den kaiserlichen Gerichten, wo er es suchen wollte, nicht finden konnte. Zugleich ist klar, daß auch die landesherrlichen Gerichte keineswegs immer, und am wenigsten von Anfang an diejenige Energie entwickeln konnten, die sie später entfalteten, weil dem Rechte nach noch längere Zeit die kaiserlichen Gerichte mit ihnen konkurrirten, weil ferner ihr eigener Besitzstand oft genug im Streit lag, weil endlich ein Rechtsuchender häufig zu verschiedenen Landesherrn und etwa auch zum Reiche in gleichen Verhältnissen stand, und ein Einschreiten für ihn zu allerlei bösen Händeln führen konnte. Die natürliche Folge davon war dann allerdings, daß auch die landesherrlichen Gerichte längere Zeit hindurch den Fehden auch solcher Personen, die später durchaus in das Unterthanenverhältniß kamen, den Lauf ließen, und nur auf dem Wege gütlicher oder zwangsweiser Sühnevermittlung eine obrigkeitliche Gewalt allmälig zu begründen suchten. Dadurch wurde denn freilich mittelbar auch das Wiederaufwachen des Fehdewesens in seiner ältesten Gestalt als Blutrache befördert, ohne daß gleichwohl das Fehderecht des Mittelalters darauf begründet werden dürfte [1]). — Die größte Schwierigkeit lag aber darin, daß die in Rede stehende Gefahr nicht nur die kleineren Mächte bedrohte, sondern daß auch die größeren in ähnlichen Verhältnissen untereinander standen, wie namentlich die unter einem Fürstenthum gesessenen Grafen und Herren. Besonders ist im Auge zu behalten, daß die ganze Entwicklung der Landeshoheit vor sich ging, ohne daß die handelnden Personen selbst es bemerkten, daher selbst das Rechtsuchen bei kaiserlichen Hof- und Landgerichten stets Gefahr mit sich führte, weil auch diese zu Lehen

1) Bluntschli I. S. 240. n. 221. S. 410. Donandt II. S. 65. 66. Warnkönig Flandr. R.-G. III. S. 160. 161. 181—205.

ertheilt wurden. Nicht minder wurde nun aber ferner die Selbsthülfe zum Rechte für die Fürsten, gegen deren Landeshoheit jene andere Personen sich sträubten, und die solchenfalls nur einen rebellischen Unterthan zu züchtigen glaubten. Die Gerichtsbarkeit des Kaisers selbst, der man sich freilich unbedingt unterwerfen mußte, war natürlich für die Unzahl von Verhältnissen, die sie umfassen sollte, nicht ausreichend, und wurde es in demselben Maße weniger, je mehr ihre Gerichte in den Privatbesitz der Reichsstände kamen, und je mehr daher die Zahl der Renitenzen gegen die landesherrliche Gerichtsbarkeit wachsen mußte. Sie konnte bald genug nicht mehr für die Reichsstände selbst ausreichen, und es ward immer gewöhnlicher, Streitigkeiten zwischen diesen durch Schiedsrichter austragen zu lassen, die natürliche Folge der erstarkenden Landeshoheit, die, je mehr sie sich der Souveränetät näherte, um so mehr auch gegen die Gerichtsbarkeit des Kaisers sich sträuben mußte, soweit sie nicht blos das Lehenverhältniß betraf. In diesem Stadium blieb denn auch den Reichsständen unter einander nur noch Selbsthülfe oder Schiedsgericht übrig, und es erklärt sich, wie in der Reichsgesetzgebung das Recht der Fehde seine förmliche Anerkennung finden mußte.

Da nun aber in Deutschland gleichwohl die Idee des wahren Staats nie ganz unterging, so war auch das Fehderecht hier nie ein unbeschränktes. Zwar war es nicht auf den Fall der Verletzung durch Verbrechen beschränkt, bezog sich vielmehr auch auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten. Wohl aber wurden gewisse Bedingungen und Formen vorgeschrieben, unter welchen allein die Fehde als rechtmäßig gelten sollte. Insbesondere sollte dieß nur dann der Fall sein, wenn man nicht durch die Gerichte Recht finden könne, und wenn die Fehde auf die gehörige Weise angesagt sei. Ueberdieß sollten bei Ausübung der Fehde gewisse Personen und Sachen unbedingt verschont bleiben [2]). Wo diese Bedingungen nicht eingehalten wurden, galt die Fehde als Landfriedensbruch, und sollte in der Regel die Strafe des Strangs nach sich ziehen. Außerdem gab es Beschränkungen des Fehderechts, die mit dem Lehenswesen zusammenhiengen. Wie nämlich einerseits die Lehens- und Dienstmannschaft

1) v. Löw § 59. not. 3.

2) Const. pac. a. 1156. 1158. 1187. 1230. (Pertz IV. 101. 112. 183. 267.)

gehalten war, dem Herrn in jeder gerechten und von ihr selbst gebilligten Fehde zu dienen (die Vasallen freilich nicht unbedingt, da sie sich gemessene Dienste ausbedingen konnten) [1]), so hörte andererseits diese Verpflichtung auf, wo die Fehde zu Verletzung eines andern Lehensverhältnisses geführt haben würde (namentlich zur Verletzung des Kaisers) [2]).

Allein es ist zunächst schon bezeichnend, daß der Versuch zu solchen Beschränkungen des Fehderechts zuerst nicht vom Staate, sondern von der Kirche ausging, die schon im 11ten Jahrhundert in Frankreich und später in Deutschland das Institut der Gottesfrieden als ein Mittel, durch Association für die Bewahrung des Landfriedens zu sorgen, aufbrachte [3]). Hiernach sollte an gewissen Tagen des Jahrs und außerdem noch 4 Tage in jeder Woche alle Fehde ruhen, und die Uebertretung wurde mit geistlichen und (in der Vollziehung vom guten Willen der Betheiligten abhängigen) weltlichen Nachtheilen bedroht. Die paces profanae [4]) waren nur Nachbilder dieser Gottesfrieden.

Sodann aber waren die Beschränkungen selbst, soweit sie nicht von dem praktisch allein mächtigen Lehenswesen hergenommen waren, großentheils illusorisch. Denn gerade das Hauptsächliche, daß es unmöglich gewesen sein müsse, bei den Gerichten Recht zu finden, war (aus den o. a. Gründen) in unzähligen Fällen gar keine. Dazu kam, daß im 13ten und 14ten Jahrhundert selbst im Falle, wo ein Gericht anerkannt und angegangen, auch wirklich thätig wurde, dieß immer nur dann praktischen Erfolg hatte, wenn der Angeklagte sich stellte oder vor Gericht gebracht wurde, selten aber im andern Falle, da bei der Menge sich durchkreuzender Territorien und Gerichtssprengel, bei dem Mangel an aller Polizei und der fortwährenden Gährung in allen gesellschaftlichen Verhältnissen schon die Vorladungen oft kaum zu bewerkstelligen waren, die erfolgten aber nicht beachtet wurden, und das Mittel der Acht nur von langsamer, oft von keiner Wirkung war, sofern seine endliche Vollziehung wie-

1) II. Feud. 58. Köln. Dienstr. § 1. 2. (Kindlinger, Münst. Beitr. II. S. 69 f.) Eichhorn II. § 238. Anm.

2) II. Feud. 28. § 4. Stein III. S. 191. Struben Nebenstunden I. 4. § 4.

3) Gottesfr. v. 1084. (1085.) Pertz IV. 34.

4) Const. pac. a. 1103. Pertz IV. 60. Die ferneren rc. s. Stenzel Gesch. Deutschl. unter den fränk. Kaisern.

derum eines offenen Krieges bedurfte [1]). Wenn von der Verletzung durch die Fehde einige Personen und Sachen ausgenommen wurden, so war andererseits anerkannter Grundsatz, daß weder Hausfriede, noch Hausrecht gelte, vielmehr alle und jede Gewaltthat gegen den Befehdeten gestattet sei.

Ein weiterer Uebelstand war die lange dauernde Verwirrung in den Standesverhältnissen [2]), wodurch es hinsichtlich vieler Personen unsicher wurde, ob ihnen das Recht zur Fehde zustehe, oder nicht [3]). Besonders bezeichnend ist aber, daß die betreffende Reichsgesetzgebung nur eine gewisse Klasse von Verbrechen, die Landfriedensbrüche umfaßte, und alles Andere, Verrätherei, Verbrechen gegen die fides publica, gegen die Sittlichkeit des Familienlebens rc. ignorirte. Selbst bei denjenigen Verbrechen aber, die sie bedrohte, konnte sie nur die größtentheils nicht mehr im unmittelbaren Dienste des Reichs befindliche, vollziehende Gewalt zur Thätigkeit ermahnen. Die angedrohten strengen Strafen waren daher nur gegen diejenigen praktisch, die nicht die Macht hatten, der gesellschaftlichen Ordnung Trotz zu bieten. Der Trotzenden aber wurden immer mehrere. Was schon unter den Karolingern stattgefunden hatte, daß das System der öffentlichen Strafen nur gegen die Besitzlosen Anwendung fand, während der Vermögliche die Strafe mit Geld lösen konnte, das fand auch jetzt noch Statt, und war zum Theil ausdrücklich in die Reichsgesetzgebung aufgenommen [4]). Gerade die Mächtigen, die in dieser Zeit die meisten Veranlassungen zu Gewaltthaten hatten, konnte man fast nur mit Geldstrafen und Achtserklärungen treffen, da der Blutbann des Kaisers ihnen gegenüber mehr und mehr zum Schattenbilde wurde [5]). Die Reichsgesetzgebung gestand überdieß ihre Ohnmacht selbst, indem sie das Institut des besonders gelobten Friedens aufnahm, obgleich sie andererseits gerade das Mittel, wodurch allein wahrer Friede herzustellen war, die Bündnisse und Eidgenossenschaften der Einzelnen unter sich (besonders der Städte) verpönte [6]). Letzteres mußte geschehen, weil

1) v. Wächter Beitr. S. 17–20.
2) Eichhorn II. § 337.
3) v. Wächter a. a. O. S. 57. 58. Stein III. S. 193. 194.
4) II. Feud. 27. 53. Const. paxio a. 1085. (Pertz IV. 56 f.)
5) Eichhorn III. § 408. Anm. 2.
6) II. Feud. 53. Rchsschl. a. 1231. Pertz IV. 279. G.B. c. 15. § 1. 2.

der Eine Staat, solange er sich überhaupt noch als vorhanden behauptete, das Princip der Föderation, welches seine Auflösung enthielt, nicht anerkennen konnte; zugleich war aber auch Ersteres unumgänglich, da die Streitigkeiten, deren die Justiz nicht mächtig ward, eben nur durch Privatvergleich beschwichtigt werden konnten [1]). Abgesehen endlich von der aus dem Fehderecht hervorgehenden Bedrückung der Aermeren und Geringeren, welche in der Regel unter dem Kriegsgräuel am meisten zu leiden hatten, und gegen welche das Fehdewesen vornämlich zum Mittel diente, sie in Schutz-, (Vogtei-) pflicht oder Hörigkeit herabzudrücken und mit unerträglichen Lasten zu überbürden, — war das ganze Recht noch überdieß in mehreren Rücksichten so schwankend und in seinen Grenzen unbestimmt, daß dem schamlosesten Mißbrauch Thür und Thor geöffnet war, daher Gewalt, Raub, Mord, Anarchie an die Tagesordnung kam, und eine Verwilderung namentlich des Herren- und Ritterstandes entstand, „durch welche ein Theil des deutschen Adels einer großen Räuberbande nicht unähnlich wurde" [2]).

Als das eigenthümlichste Erzeugniß dieser Gährungsperiode erscheinen die westphälischen Vehmgerichte [3]), ein partikularistischer Niederschlag, der in jener Gegend länger, als anderswo, erhaltenen Gerichtsbarkeit von Kaiser und Reich, gerade dadurch so merkwürdig, daß das, was an sich nur Ausfluß der regelmäßigen Ordnung der Dinge war, inmitten der ringsumher eingerissenen Regellosigkeit sich selbst auf den Standpunkt der Ausnahme und Sonderbarkeit gedrängt sah. Freilich darf dieß Exceptionelle weder in der vermeintlichen Entstehung dieser Gerichte aus einem Freischöffenbunde [4]), noch in einem vermeintlichen „mehr ethischen Charakter des Freischöffenrechts" [5]) gesucht werden. Vielmehr lag es eben nur in jenem Verhältnisse und den Mitteln, wodurch die Vehmgerichte sich auf eine besonders kräftige Weise zu regeneriren gewußt haben (Heimlichkeit des Verfahrens gegen Abwesende, unmittelbare Voll-

---

1) Stein III. S. 195—202. Warnkönig flandr. Rechtsgesch. III. S. 205—209.

2) v. Wächter a. a. O. S. 54—58. Eichhorn III. § 433. not. a.

3) Eichhorn III. § 419—422. v. Wächter a. a. O. S. 5—38 113—244. Wigand das Fehmger. Westph. Liter. bei Eichhorn § 418 Anm. und Wächter S. 113 f.

4) Wigand S. 474. dag. v. Wächter S. 167—170.

5) Roßhirt Gesch. und Syst. I. S. 86—92.

streckbarkeit der Acht in Form der Todesstrafe, summarisches Verfahren bei handhafter That, Verbreitung der Schöffen über ganz Deutschland [1]), — und das in der eidlichen Rügepflicht der Schöffen liegende, inquisitorische Element) [2]).

Das geschilderte Fehde- und Landfriedensrecht war jedoch nicht einmal für den Kreis, den es zunächst ausfüllen sollte, ausreichend. Vielmehr mußte hier vor Allem das Lehenswesen mit seinen Bestimmungen in's Mittel treten. Wen die ordentliche Gerichtsbarkeit nicht erreichte, den konnte doch wenigstens das Gericht des Lehensherrn erreichen. Der Ersatz war freilich ein ungenügender, da das Lehensverhältniß nur ein relatives Abhängigkeitsverhältniß und wesentlich ein Gegenseitigkeitsverhältniß von Gleichen bildete. Allein in der Lehenstreue des Vasallen lag doch, wenn auch unbestimmt und formlos, stets ein Weiteres, ein Analogon der fides, die aus wahrer politischer Unterordnung entspringt. Deßhalb löste sich denn auch das Lehensstrafrecht nicht gänzlich in Privatrecht, d. h. in das Recht, dem Belehnten, wenn er den Vertrag bricht, das Lehen zu nehmen, auf [3]), sondern es enthielt zugleich das tiefere Moment, daß verschiedenartige Verletzungen des Lehensverhältnisses und der Person des Lehensherrn als wirklich strafbare Handlungen angesehen wurden; noch entschiedener aber machte das gedachte Moment sich geltend in dem Begriff der Quasifelonie [4]).

Die Verwirrung, die in diesem gesammten Strafrechte des Lehensstaats lag, löste sich indessen im Verlauf der Entwicklung der Landeshoheit dahin auf, daß die Reichsstände das Fehderecht allein an sich zogen, und für sich kein Strafrecht mehr anerkannten, als das aus dem Lehensverband fließende, wogegen derjenige Theil der Reichsstrafgesetzgebung, welcher als Fortsetzung des alten obrigkeitlichen Strafrechts erscheint, die Grundlage des im Innern der Territorien geltenden Rechts blieb.

---

1) Eichhorn III. § 421. 422. v. Wächter S. 21—24. 150—175. 221—226.

2) Thomas Frankf. Oberhof S. 47—49 und J. Grimm in der Vorr. VI. Biener Beitr. S. 129—134.

3) I. Feud. 21. pr. II. Feud. 24. § 1. 7. 8. II. 26. § 3. 19. II. 34. § 6. II. 55, § 1. Const. de exp. Rom. II—IV. bei Eichhorn II. § 294. Anm. Warnkönig flandr. R.G. III. S. 94. n 329.

4) I. Feud. 5. 17. 21. pr. § ult. II. 24. 33. § 5. 51. § 2. 27. Schwäb. Lehenr. c. 85. 121. — I. Feud. 5. pr. II. 24. § 11.

Was den erstgedachten Kreis betrifft, so lag es ganz in der Natur der Sache, daß das Strafrecht des sich auflösenden Staats eben wieder in die Elemente zerfiel, welche einst die Geschichte des entstehenden aufwies, das Fehderecht, die Buße, und die Friedlosigkeit (in Form der Acht). Doch erschien jedes dieser Momente in veränderter Bedeutung, die einen Fortschritt im Ganzen anzeigte. Das Fehderecht hatte als Keim in sich den Begriff des selbstherrlichen Staats. Das Kaiserthum verflüchtigte sich nun den Reichsständen gegenüber immer mehr zu einer bloßen Lehensherrschaft, und zwar zu einer solchen, welcher die reale Grundlage der Lehensmacht, Grundbesitz und Ausübung des Amts als Privatrechts fehlte. Seine Strafgerichtsbarkeit beschränkte sich daher immer mehr auf den specifischen Kreis des Lehenrechts, und die Strafe auf den Verlust des Lebens, d. h. eine Buße. Indem diese Buße beides enthielt: Schadensersatz und Strafe für die gebrochene Treue [1]), so hatte sie allerdings denselben Inhalt, wie die karolingische Königsbuße; aber sie enthielt nicht mehr denselben Widerspruch, eben weil sie auf den Lehenskreis beschränkt war, dessen Wesen diese Mischung der Elemente entsprach. Die Acht endlich erschien jetzt nicht mehr, wie die alte Friedlosigkeit, als einfaches Preisgeben an die Rache Einzelner oder Aller, sondern als wahre Strafe des Ungehorsams gegen den Gerichtsbann [2]). Nur in dieser Abschwächung blieb nun die kaiserliche Gerichtsbarkeit über die Reichsstände mehr dem Namen, als der That nach bestehen. In der Wirklichkeit gestaltete sich aber die Stellung der Reichsstände zu einander mehr und mehr zu der Stellung unabhängiger Mächte, die ihre Streitigkeiten durch Krieg oder Vergleich ausmachten; und bald wurden dann die Austrägalgerichte [3]) auch von Andern angegangen, welche gegen einen Fürsten zu klagen hatten, so daß kaiserliche Rechtssprüche über Fürsten zur Seltenheit wurden.

Je mehr aber die untergeordnete Staatsgewalt der Reichsstände sich der Selbstherrlichkeit näherte, um so entschiedener bildete sich in ihren Händen eine wahre Strafgerichtsbarkeit gegen ihre Untergebenen aus. Sie waren die realen Mächte des Lehensstaats, d. h.

---

1) Schwäb. Lehenr. 85. 121.

2) Sächs. L.R. III. 24—34. Richst. L.R. I. 51. Warnkönig flandr. R.G. III. § 21. 30.

3) Pütter hist. Entw. I. S. 211—214.

sie besaßen die Staatsgewalt, deren das Kaiserthum Schritt für Schritt verlustig ging, und sie besaßen sie als Eigenthum. Zwar mußten sie die Belehnung mit dem Banne stets vom Kaiser nachsuchen: allein sie konnte ihnen nicht verweigert werden. Eben daher bildete auch die Gerichtsbarkeit das Hauptkennzeichen der Landeshoheit, deren Lehenbarkeit, sobald zwischen dem Belehnten und dem Kaiser kein Dritter in der Mitte stand, zur bloßen Form für eine der That nach souveräne Gewalt herabsank [1]). Soweit mithin jene Herrn ihr in Eigenthum verwandeltes Grafschaftsrecht mit Erfolg zu begründen vermochten, soweit stand ihnen auch der Blutbann in dieser Weise zu. Diese Begründung war nun aber freilich (s. o.) in vielen Fällen sehr bestritten, und, wo dieß der Fall war, da trat an die Stelle der geregelten Rechtspflege das Fehderecht. Ferner war die Gerichtsbarkeit, auch wo sie anerkannt wurde, keineswegs immer von gleichem Gehalt und Gewicht.

Die Landeshoheit war von Anfang an selbst ein Aggregat sehr verschiedenartiger Rechte, namentlich lehensherrlicher und schutzherrlicher [2]). Gegen Personen, die nur im Lehens- oder Dienstverbande standen, war natürlich die Gewalt des Landesherrn eine viel geringere, als gegen seine Schutzpflichtigen. Soweit jene nicht an seinem Hofe oder als Besatzung auf seinen Burgen dienten, sondern auf eigenen Höfen oder Burgen hausten, waren gerade sie es, welche das Werk der Fehde recht als Geschäft trieben, und der Blutbann wurde gegen sie nur in der Form des Kriegs gegen Geächtete praktisch. Auch die regelmäßige Rechtspflege über sie aber verlor durch die Einkleidung in die Formen des Lehenrechts an Nachdruck. Zwar trat ohne Zweifel gegenüber dem Landesherrn das Element der fides, daher auch der Begriff der Felonie in der Regel viel stärker hervor, als im Verhältnisse des Landesherrn selbst zum Kaiser, der immer mehr nur als primus inter pares erschien; allein nie konnte doch der Grundcharakter des Lehensverhältnisses als eines blos relativen, gegenseitigen, und darum auch lösbaren, ganz verwischt werden [3]). Die Ritter standen dem Landesherrn selbst als Grundbesitzer gegenüber, die neben ihrem Allodialbesitze nicht nur von ihm, sondern auch vom Reiche, von andern Herren, von Kirchen und

---

1) Eichhorn II. § 290. 299. 300.
2) ebd. II. § 299. III. § 418.
3) Pütter a. a. O. I. S. 257.

Klöstern Güter zu Lehen trugen und auf diesen selbst, in größerem oder geringerem Umfange, Gerichtsbarkeit ausübten. Gerade der Ritterschaft und dem kleinen Herrenstande gegenüber gährte hauptsächlich der Streit um die Landeshoheit [1]). Während aber ein großer Theil des letzteren landsäßig wurde, so gelang es umgekehrt einem großen Theil der ersteren, der Landsäßigkeit zu entgehen, und, trotz des Lehensverhältnisses gegen benachbarte Landesherrn sich reichsunmittelbar zu erhalten. Gegen sie hatten daher die Landesherrn keinen Blutbann, wenn sie nicht etwa ein kaiserliches Landgericht als Reichsvögte verwalteten [2]); gegen die Hintersaßen derselben hatten sie ihn zwar in der Regel, aber nur als Stellvertreter des Kaisers, nicht kraft ihrer Landeshoheit; hie und da hatten ihn aber auch die Ritter selbst [3]), ganz oder theilweise. Jedenfalls wußten sie sich ihn nach und nach zu verschaffen, sowie sie sich selbst aller landesherrlichen Gerichtsbarkeit entzogen. Auch der Theil der Ritterschaft aber, welcher landsäßig wurde, erhielt jedenfalls eine andere Behandlung, als die Landsaßen geringeren Standes.

In allen Sachen, die das Lehens- oder Dienstverhältniß betrafen, oft auch in andern wichtigen Rechtsfällen saß der Landesherr selbst zu Gericht, d. h. er leitete das judicium parium [4]). Dieser privilegirte Gerichtsstand war aber nicht das Einzige; es verband sich damit ein privilegirtes, materielles Recht der Ritterschaft. — Ordentlicher Weise stand dieselbe vor denjenigen landesherrlichen Gerichten zu Recht, welche das alte Gau- und Centgericht repräsentirten, so zwar, daß über Eigen und in Blutbannsachen nur in dem Gericht entschieden werden konnte, welches das ehemalige Gaugericht fortsetzte (Landgericht, Landvogtei) [5]). Nach den Spiegeln noch hatte sie hier schöffenbare Freie zu Genossen, d. h. gemeine Freie, die sich weder in den Ritterstand erhoben hatten, noch in den Bürgerstand übergegangen, noch in die Klasse der Vogteipflichtigen herab-

---

1) Eichhorn II. § 303. not. d. III. § 439. not. d. e. IV. § 539.

2) ebd. III. § 401. 409. 439.

3) Vertrag bei Schannat. C. prob. hist. Fuld. p. 333. Privil. Rudolphs II. bei Eichhorn IV. § 539. n. f. h.

4) Conr. II. Ed. de benef. Pertz IV. 39. Dipl. a. 1150 (Mart. et Dur. Coll. ampl. II. 608. Urk. 1294 bei Kuchenbecker An. hess. V. 184.

5) Const. Frid. II. de jur. princ. sec. Kopp Hess. Ger.Vf.Urk. 56. Sächs. L.R. I. 2. 69. III. 25. Unger altdeutsche Ger.Verf. S. 314—323. Zöpfl Bamb. R. S. 89—99.

gedrückt worden waren. Bald aber zeigt sich ein veränderter Zustand, indem die gänzliche Auflösung des alten Freienstandes in Ritter-, Bürger- und Bauernstand vollendet erscheint. Damit entstand in der Ritterschaft natürlich das Bestreben, der Genossenschaft mit solchen ehemaligen Gemeinfreien sich zu entziehen, welche nicht in ihren Kreis übergetreten waren [1]). Entweder eximirte man dann die Ritterbürtigen von dem Cent(Vogt)gerichte, so daß nun das Landgericht das specifische Gericht für sie wurde, worauf dann meist das Weitere folgte, daß man die gesammte Gerichtsbarkeit über die Nichtritterbürtigen vom Landgerichte wegwies [2]); — oder man ließ Land- und Centgerichte in ihrem Bestande, und errichtete für die Ritterschaft eigene Hofgerichte [3]). Mit jenen gesäuberten Landgerichten oder diesen Hofgerichten fielen dann natürlicher Weise die Lehengerichte der Ritterschaft zusammen, wodurch die Landgerichte, in welchen sie nicht mehr zu Recht stand, herunterkamen [4]). Der privilegirte Charakter des materiellen Rechts der Ritterschaft bestand aber darin, daß auch im Strafrechte das Schwanken der ganzen Stellung zwischen bloßer Lehensabhängigkeit und wahrer Unterthanschaft zu Tage kam. In Beziehung auf die Staatsverbrechen mußte jene Zeit sich sehr im Unklaren befinden, solange der Staatsbegriff zwischen Kaiserthum und Landeshoheit im Streit war [5]). Sie führten unfehlbar meistens zur Fehde; wo es aber zur gerichtlichen Verhandlung kam, trat wohl in der Regel das bloße Lehensstrafrecht ein, da die Uebertragung des Majestätsbegriffs auf die Landesherrn am längsten Anstand fand. In Beziehung auf andere Verbrechen stand die Ritterschaft unstreitig unter dem Blutbann der Landesherrn, und zwar die landsäßige unter dem landesherrlichen als solchem. Allein eben für sie erhielt sich der Grundsatz der Lösbarkeit der öffentlichen Strafe am längsten, — nicht ausschließlich, aber doch als Regel, die sich eben aus dem loseren Staatsverbande der Ritterschaft erklärt [6]).

---

1) Eichhorn II. § 337. 348. III. § 419. 445. 446.

2) Roßhirt Gesch. und Syst. I. S. 101. 102. 111. 112. 134. 135. 142. Zöpfl a. a. O. S. 89—99.

3) Eichhorn II. § 302. Anm. v. Wächter Wirt. Priv.-R. I. S. 35. 36.

4) Unger a. a. O. S. 319. 333—338.

5) Arg. Gold. B. und P.G.O.

6) Const. pac. a. 1085. Pertz IV. 56. 58. Roßhirt I. 126. Zöpfl Bamb. R. S. 17. 18. m. nr. 54. 55. Bamb. H.G.O. Art. 272.

Ohne Zweifel war das Verhältniß an verschiedenen Orten verschieden. Die älteren Dienstrechte zeigen eine theilweise strengere Behandlung namentlich der Ministerialen [1]; und eine solche stärkere Abhängigkeit erhielt sich auch wohl in größeren Territorien, wo der Landesherr von dem guten Willen der Ritterschaft weniger abhängig war. Allein die Regel war, daß der Unterschied freier und unfreier Dienstmannen immer mehr verschwand [2]). Durch die Bedeutung ihrer socialen Stellung erhob sich die Ritterschaft zu einer Macht, die alle Anstalt traf, dem Herrenstande auf dem Wege zur Selbstherrlichkeit nachzufolgen [3]). Eben dadurch mußte dann, namentlich seit dem Gelingen des Bestrebens der Reichsritterschaft in einem Theile von Deutschland, in den Landesherren die Besorgniß entstehen, ihre landsäßige Ritterschaft möchte das Beispiel nachahmen wollen [4]). Dadurch, wie durch die Nothwendigkeit, den niederen Adel als Gegengewicht gegen den städtischen Republikanismus zu gebrauchen [5]), sahen sich die Landesherrn genöthigt, die Ritterschaft auch im Strafrecht als eine privilegirte Klasse zu behandeln. Sie ließen daher ihr gegenüber den Widerspruch fortdauern, der schon in der karolingischen Zeit in der Zwitternatur der königlichen Strafgewalt lag. Sie konnte auch die Strafen an Hals und Hand abkaufen, so zwar, daß ein Theil des Sühngelds an den Verletzten oder seine Familie in der Bedeutung einer Komposition, der andere an den Landesherrn als ein Surrogat der Königsbuße (d. h. als ein Zwitterding von Friedensgeld und Buße) fiel [6]). In dieser Sphäre zeigt sich mithin statt eines Fortschritts das Festhalten am alten unreifen, dem Princip des Lehensstaats übrigens entsprechenden, Gebrauch, der denn auch in dem betreffenden Strafverfahren, namentlich im Beibehalten des Zweikampfs und des übrigen alten Beweisverfahrens, in der Wendung, die hier der Inzichtproceß nahm ꝛc. [7]), sein entsprechendes Gegenstück fand. Nur insofern ist

1) Fürth d. Minister.Anh. Schwäb. L.R. 158. Lehen-R. 111.

2) Eichhorn II. § 344. III. § 445.

3) Zöpfl R.G. 1. S. 79.

4) Eichhorn III. § 439. not. d

5) Hagen Hall. Lit. Ztg. 1846. nr. 105.

6) Zöpfl Bamb. R. a. a. O. Warnkönig flandr. R. G. III. S. 164—166. 194—198 und § 41. Urk. bei Neug. nr. 910. 941.

7) Roßhirt a. a. O. I. S. 122—127. Zöpfl a. a. O. S. 150—154. Ritz Urk. des Niederrheins. S. 56. 57. Warnkönig a. a. O. III. S. 298—300. Thomas a. a. O. S. 38—41.

auch hier ein Fortschritt zu bemerken, als der, anderswo verschwindende, Begriff der sühnbaren Missethaten sich auch hier nach und nach verlor, d. h. daß man einsah, es sollte eigentlich öffentliche Strafe erfolgen, und die Sühne mit dem Verletzten oder seiner Familie daher mittelst gütlichen Vergleichs zu erzielen suchte, hiemit aber den Grundsatz der Lösbarkeit als Ausnahme und Privilegium anerkannte.

Den Gegensatz gegen dieses laxe Strafrecht bildete das Strafrecht derjenigen Gerichte, vor welchen die nichtprivilegirten Hintersaßen zu Recht standen. Am entschiedensten da, wo sich diese Gerichtsbarkeit an die alte grundherrliche und die daraus hervorgebildete Immunitätsgerichtsbarkeit anschloß [1]), sodann aber auch da, wo sie aus der alten Gau- und Centgerichtsverfassung hervorgegangen war, sofern hier (s. o.) eine allmälige Ausscheidung des Ritterstandes vor sich ging, und infolge davon alles übrige Volk in gemeinschaftliche Gerichte (Aemter, Centgerichte, Malefizgerichte ꝛc.) zusammen verwiesen wurde. Wenn die Ausgleichung des Verhältnisses der aus dem Freienstand Herabgesunkenen mit dem der Unfreien den Letzteren zu Gut kam [2]), so ward umgekehrt das Loos der Ersteren verschlimmert, sofern sie in eine mannigfach abgestufte Abhängigkeit kamen, die sich mehr und mehr dem bloß auf Gnade beruhenden Hörigkeitsverhältnisse näherte [3]). Unter der vieldeutigen Bezeichnung der Vogtei verwischte sich allmälig eine Reihe früherer Unterschiede [4]). So geschah es, daß freie und hörige Bauern allmälig ziemlich in das gleiche Verhältniß kamen. Besonders aber diente die gleichmäßige Unterwerfung unter die Landeshoheit dazu, den Zustand beider Klassen auszugleichen. Die Macht des Grundbesitzes wirkte langsam, aber unaufhaltsam diese Umgestaltung, vermöge deren die alten Begriffe von Freiheit und Unfreiheit unverständlich wurden, und alle diejenigen, welche aus irgend einem Grunde eine dingliche oder persönliche Abhängigkeit von einem größeren Grundbesitzer anerkennen mußten, ohne sich in den Ritter-

---

1) Eichhorn II. § 302.

2) Schwäb. L.R. 73. Bluntschli I. S. 97.

3) Urk. bei Kindlinger Gesch. d. Hörigkeit S. 274. 541. 665.

4) Eichhorn II. § 299. 337. 339. 343. 368. III. § 448. Kraut Grundriß § 16.

stand erhoben zu haben, in ein Unterordnungsverhältniß zu demselben kamen, das sie einem obrigkeitlichen Zwange unterwarf.

Alle Gerichte dieser Sphäre trugen mithin den obrigkeitlichen Typus [1]) an sich, und zwar so, daß der Blutbann als Eigenthumsrecht ausgeübt wurde. Hier setzte sich das obrigkeitliche Strafrecht der karolingischen Zeit fort, und zwar in gesteigerter Potenz, sofern es das hofrechtliche Element in sich aufnahm, mithin die politische Unterthänigkeit zugleich mehr oder weniger den Charakter privatrechtlicher Abhängigkeit an sich trug. Freilich läßt sich gerade hier am wenigsten Gleichförmigkeit erwarten, da die ganze Entwicklung die verschiedensten Modifikationen zuließ je nach den Elementen, woraus das Territorium entstanden war, und je nachdem die eine oder andere gesellschaftliche Mischung darin vorherrschte, wozu dann kommt, daß gerade bei dieser Gerichtsbarkeit am meisten von der Willkür der Herrschaft und den sie bestimmenden Umständen abhing, dagegen die Autonomie der Schöffen, wenigstens in Strafsachen, den geringsten Spielraum hatte, wie denn auch die gesammte gesellschaftliche Lage der betreffenden Volksklasse die Entwicklung eines gebieterischen Standesgeistes keineswegs begünstigte. Oft mochte die Politik einer erst allmälig sich festsetzenden Herrschaft fordern, Einräumungen an die Erinnerungen des alten Volksrechts zu machen. Auch war es natürlich, daß solche Herrschaften, denen nicht die volle Strafgerichtsbarkeit zustand, in ihren Kreis so viel als möglich zu ziehen und dadurch den vorbehaltenen Blutbann möglichst zu schmälern suchten, wovon dann wiederum eine freiere Gestaltung des Strafrechts die Folge war [2]).

Trotzdem wird als Regel gelten können, daß diese Gerichte gerade den Gegensatz zu den zuvor geschilderten bildeten. Während dort auch die unsühnbaren Missethaten zu sühnbaren wurden, und eben damit dieser Unterschied sich eigentlich verlor, so gingen hier umgekehrt die sühnbaren allmälig in die Klasse der unsühnbaren über, — zunächst auf indirekte Weise, sofern hier in der Regel im einzelnen Falle die Möglichkeit der Lösung oder der Gebrauch, sie anzunehmen, wegfiel [3]), daher auch da, wo Buße und Wette vorgeschrieben war, der That nach doch eine öffentliche Strafe zum

1) Stein III. S. 170—187.
2) Bluntschli I. S. 198. 242.
3) Zöpfl Bamb. R. S. 110. not. 9. Bluntschli I. S. 241. 242. 492.

Vollzuge kam. Sodann aber ging der Begriff der Buße selbst, wo sie noch vorkam, bei diesen Gerichten früher, als anderswo, in den einer eigentlichen (Geld-) Strafe über, indem hier der privatrechtliche Gesichtspunkt, daß der Herr selbst durch das Vergehen verletzt sei, sich mit der Entwicklung der Landeshoheit in den Gesichtspunkt auflöste, daß die Verletzung des Herrn eine Verletzung der Herrschaft und ihres obrigkeitlichen Rechtes sei. Diese Strafe sollte daher auch dann bezahlt werden, wenn die Partieen sich gütlich verglichen, woran sich dann das amtliche Klagerecht des Beamten schloß [1]). Der gedachte Uebergang erklärt dann zugleich, warum nicht selten auch bei diesen Gerichten der größte Theil der Strafen in Geldstrafen besteht [2]). Dieß hat hier aber eben einen andern Grund, als bei den Gerichten des Ritterstandes. Bei den letzteren wog der Begriff der Komposition vor, und die Buße an den Verletzten oder seine Vertreter erschien als die Hauptsache; bei den ersteren dagegen überwog der Begriff der emenda, der Buße an die herrschaftliche Obrigkeit, — freilich auch noch ein Zwitterding zwischen Staats- und Privatrecht, — woraus sich aber leicht der reine Begriff der Geldstrafe entwickelte, der sich sofort andern Strafen substituiren ließ [3]).

Uebrigens war auch hier der Unterschied von Frankreich scharf ausgesprochen. Hier war Alles in Grundherrlichkeit und Vasallenthum aufgelöst. Daher mußte innerhalb der Baronieen der hofrechtliche Charakter des Strafrechts auf's Schärfste hervortreten; die hohe Gerichtsbarkeit erschien ganz und gar als Eigenthum des Grundherrn, und die Acht, als Strafe des Ungehorsamen, wurde nur zur Verbannung aus dem Gebiete des Herrn. Dagegen ist in Deutschland der Blutbann, obwohl er, wie die Grafschaft überhaupt, in erblichen und eigenen Besitz überging, doch niemals ganz von der Idee der Staatsgewalt abgelöst worden, was sich in dem Grundsatz darstellte, daß den Blutbann Niemand ausüben könne, der nicht seine Gewalt unmittelbar vom Kaiser selbst ableite [4]). Auch die Strafgewalt des Centenars wurde stets als ein von höherer Staats-

---

1) Bluntschli I. S. 240—242. 407. Warnkönig flandr. R.G. III. S. 162. 230.

2) Eichhorn III. § 459. not. h. Bluntschli II. S. 49—53.

3) Bluntschli I. S. 407. vgl. S. 365.

4) Schwäb. L.R. 115.

gewalt verliehenes Recht betrachtet [1]). Aber freilich bestand nicht nur daneben eine wirkliche grundherrliche Gerichtsbarkeit, die auch eine gewisse beschränkte Strafgewalt umfaßte [2]), sondern es gingen auch jene Aemter allmälig in erblichen und eigenen Besitz über [3]), und die darin liegende Gewalt diente dazu, die Untergebenen in eine Abhängigkeit zu bringen, die weder rein privatrechtlicher, noch rein staatsrechtlicher Natur war. Immerhin aber verschwand der staatsrechtliche Charakter des Verhältnisses nie ganz, indem in der Zeit, als die Landesherren anfingen, den Blutbann auch ohne kaiserliche Belehnung weiter zu übertragen [4]), eben nur die Staatsgewalt selbst allmälig vom Kaiserthum sich ablöste und an die Landesherrn überging. In Deutschland wurde daher die Strafgerichtsbarkeit niemals absolut konner mit der Grundherrschaft [5]), konnte daher auch nie ganz in den Typus des Hofrechts aufgehen; insbesondere blieb die Acht stets ein allgemeines Staatsinstitut, indem sie zwar allerdings zunächst auf den Gerichtssprengel des Richters, der die Verfestung aussprach, beschränkt war, sofort aber an den höheren Richter und zuletzt an den König gebracht, d. h. in die Reichsacht verwandelt werden mußte [6]).

So gewiß aber diese Gerichtsbarkeit zum Vehikel der Entwicklung einer wahren Staatsstrafjustiz diente, so geschah dieß doch nur durch Vermittlung des Feudalsystems. Dadurch bestimmte sich die schwankende, nach örtlichen Verschiedenheiten sich modifizirende Natur des ganzen Verhältnisses, in welchem nur die abstrakte Unterscheidung des Unsühnbaren und Sühnbaren fest, alles Uebrige aber fließend blieb [7]). Daher zeigen beide Kategorieen an verschiedenen Orten den verschiedensten Inhalt und Umfang. Denn es kam darauf an, ob der Blutbann Ausfluß einer ehemaligen Gaugrafschaft oder Folge eines mit Grafschaftsrecht versehenen Immunitätsrechts war, — ob die Dienstpflichtigen der einen oder der andern der sich allmälig befestigenden Klassen der Gesellschaft angehörten, — ob der

1) Bluntschli I. S. 218—232.
2) Ebd. I. S. 246. 247.
3) Ebd. I. S. 200. 217. 218. Urk. a. 1249 bei Neug. nr. 41.
4) Eichhorn III. § 419. not. v.
5) Urk. a. 1223 bei Neug. nr. 910. Bluntschli I. S. 198.
6) Sächs. L.R. III. 24. 34. Richtst. L.R. I. 51.
7) Zöpfl Bamb. R. § 29—32. Dreyer Nebenst. S. 69—72. Guden C. dipl. I. p. 694. Grupen obs. p. 122. 442.

Landesherr den Blutbann selbst ausübte oder weiter verliehen hatte, wo denn wieder in der Gerichtsbarkeit des Belehnten das öffentlichrechtliche oder das privatrechtliche Element vorschlagen konnte. Ferner war von Anfang an keineswegs alle Strafgerichtsbarkeit im Blutbann enthalten, sondern ein Theil davon in der Gewalt des Centenars, ein anderer in der Grundherrschaft ꝛc. gelegen [1]). Seit nun die Verwandlung der Amtsrechte in Privatrechte an die Tagesordnung kam, bildeten sich die verschiedensten Uebergänge und Mittelverhältnisse. Bald blieb der Blutbann in seinem vollen Gehalte bestehen, bald wurde er durch die niedere Gerichtsbarkeit in verschiedenen Graden geschmälert, oft zum bloßen Reservat-, ja Scheinrechte herabgebracht. Hie und da kam er an eine Grundherrschaft, ohne daß diese zugleich die Strafgewalt des Centgrafen erwarb [2]). Die verschiedenen, an sich unbestimmten, Grade der Strafgerichtsbarkeit konnten den verschiedensten Mächten zustehen, deren kriminalistische Energie sich ganz nach ihren gesellschaftlichen Verhältnissen bestimmte. Solange aber der Charakter des ganzen Rechts noch nicht entschieden im Begriff der Landeshoheit aufging, blieb auch der Grundsatz der Ablösbarkeit wenigstens theilweise noch bestehen (wie auch Blutrache, gütlicher Vergleich ꝛc.), obgleich im Ganzen die umgekehrte Maxime herrschte.

Jedenfalls aber war diese Strafgerichtsbarkeit weit früher, als die der höheren Gerichte, zur Entwicklung größerer Energie geeignet, was besonders auch im Strafverfahren hervortritt. Hier findet sich frühe, daß um unehrlicher Sachen willen kein Vergleich mehr zugelassen, daß bei ehrlichen, wo er noch vorkommt, jedenfalls dem Vogt seine Buße versichert, daß sofort der Verletzte zur Klage genöthigt, oder der Beamte zur Klage von Amtswegen angehalten wird [3]). Es war hier mithin das Auftreten des inquisitorischen Princips, das bisher nur vereinzelt (in den Send-, Rüge-, Vehmgerichten) vorgekommen war, früher möglich, als in den Gerichten über Rittermäßige. Zugleich erlitt in jenen Gerichten das Beweisverfahren früher eine Aenderung; namentlich verschwand das Kampf-

1) Eichhorn II. § 302—348. Bluntschli I. S. 198—200. 217—232. Schneidt Thes. j. franc. I. 3303. II. 583 f. Warnkönig flandr. R.G. III. 166. 167. 270.

2) Bluntschli I. S. 223 (Offn. v. Meiler).

3) Bluntschli I. S. 243.

recht aus ihnen bei Zeiten [1]). Ferner erhielt bei ihnen das Strafrecht einen viel größeren Umfang, eben weil seine Ausübung bald nicht mehr von der Klage des Verletzten abhängig gemacht, sondern als eine Sache guter Polizei betrachtet wurde.

Nur freilich mußte zugleich die Ablösung dieser Gerichte von denen über die Privilegirten bei jenen einen Geist der Willkür in der Verwaltung herbeiführen, der um so drückender war, je mehr jene Klasse unter der Herrschaft des Fehderechts überhaupt schutzlos, ohne Vertretung, ohne Theilnahme an den Vortheilen des Associationsprincips, an verschiedenen Orten der verschiedensten Behandlung ausgesetzt, und durchgängig die Lastträgerin für die gesammte Gesellschaft blieb. Dieser Zustand war um so schlimmer, je mehr gerade das Recht dieser Klasse der Lokalisirung ausgesetzt, je unbestimmter das auf Tradition beruhende Landrecht, und je gefährlicher diese Unbestimmtheit gerade für diejenigen wurde, deren Autonomie neben dem Rechte der Obrigkeit nur als das Sekundäre herging.

Eine Verbesserung konnte nicht anders erfolgen, als wenn die Landeshoheit, deren Wachsthum durch die Unterdrückung dieser Klasse befördert, ja hervorgerufen worden war, noch nachdrücklicher auftrat und auch den Privilegirten ihr Joch auflegte [2]). Denn hiemit wurde sie das Organ für den Begriff des modernen Staats, der in Deutschland nur in der Potenz der Vielheit sich gestalten konnte, und hiezu gerade in der Entstehung der Landstände, d. h. in der Concentration der verschiedenen Volksklassen um bestimmte territoriale Mittelpunkte den Anfang machte [3]). Freilich hätten aber so schroff geschiedene Klassen, wie Ritterschaft und Vogteipflichtige, sich nicht zusammenfinden können, wenn nicht ein Mittelglied zwischen ihnen bestanden hätte, — die Städte.

Von diesen muß daher noch die Rede sein, während die Bedeutung der Kirche für das Strafrecht einer eigenen Darstellung überlassen bleiben mag.

Die Städte standen zwischen den beiden Schichten des Lehensstaats, den Herrschenden und den Dienenden, als eine Mittelmacht,

---

1) II. Feud. 27. § 3. 5. Sächs. L.R. II. 71. vgl. I. 2. III. 65. Kais. R. IV. 1. 19. Schneidt Thes. j. franc. II. 3, 585. 590—603.

2) Eichhorn II. § 423.

3) Ebd. III. § 423—427. v. Löw § 60.

welche die Wiege für die Idee des modernen Staatsbürgerthums wurde. Diese Stellung drückte sich auch in dem auf dem Boden der Städtefreiheit sich entwickelnden Strafrechte aus. Aber wie die Städte selbst die gedachte Stellung nicht sogleich und nicht alle in gleichem Maße, sondern nur in langen Kämpfen und in verschiedenen Abstufungen errangen, so zeigt sich dieselbe Allmäligkeit und Mannigfaltigkeit auch in der Geschichte ihres Strafrechts.

Was nun zunächst diejenigen Städte betrifft, welche, des Hebels einer mächtigen Industrie entbehrend, früher oder später das Loos hatten, im strengen Sinne landsäßig zu werden (wenn sie es nicht durch die Art ihrer Gründung von Anfang an schon gewesen waren), so bieten sie nichts Besonderes dar, fallen vielmehr im Wesentlichen in die vorige Sphäre, nur daß bei ihnen jedenfalls die Energie des obrigkeitlichen Zwangs geringer sein, und schon wegen der mit allem Städtewesen verbundenen, eigenthümlichen Stellung des Raths und der mehr oder minder entwickelten Gemeinderechte ein mannigfaltig abgestufter Uebergang zu den wirklich souveränen oder doch nur in loser [1]) Verbindung mit den Landesherrn stehenden Städten stattfinden mußte. Zum Beispiel können die wirtembergischen Städte dienen, welche bei ihrer späten Bildung und Unbedeutendheit sich trotz aller inneren Freiheit von der landesherrlichen Vogtei nicht frei erhalten konnten; daher auch die Ausübung der peinlichen Gerichtsbarkeit durchaus nur als Organe des Landesherrn unter landesherrlichen Vögten erhielten, ohne eine autonomische Gesetzgebung, noch eine Verschmelzung der sämmtlichen Einwohner in diesem Gebiete erreichen zu können, daher denn auch der Städtebürger- und der Bauernstand in ihren Rechten im Ganzen auf der gleichen Stufe standen [2]).

Um so eigenthümlicher war der Entwicklungsgang derjenigen Städte, welche sich dem Rechte, oder wenigstens der That nach zur Selbstherrlichkeit aufzuschwingen vermochten (wenn gleich viele derselben sich späterhin einem bestimmteren, landesherrlichen Zwange unterwerfen mußten).

Ihr Bestreben war, sich von den Fesseln des Lehensstaats zu emancipiren und zu selbstgesetzgebenden und sichselbstverwaltenden

1) Eichhorn III. § 431. Donandt I. S. 52—59. 224—226. Sartorius Gesch. d. hans. Bundes. II. S. 186 f.

2) v. Wächter Wirt. Priv.R. I. S. 36. 42—48. 151. 152.

Körperschaften zu machen. Dazu gehörte wesentlich das Streben, ein eigenes Gemeindegericht und Gemeindestrafrecht zu erlangen, wozu insbesondere theils das Bedürfniß, der willkürlichen, herrschaftlichen Bußsätze und überhaupt des mit der herrschaftlichen Ausübung des Strafrechts verbundenen, obrigkeitlichen Zwangs los zu werden [1]), theils das immer lebhaftere Bewußtsein drängte, daß jedes Verbrechen gegen das einzelne Mitglied der Gemeinde eine Verletzung des Gemeindelebens selbst enthalte. Dazu kam, daß durch die Entwicklung dieses Gemeindelebens selbst eine Reihe von Vergehen erst entstand, oder wenigstens eine ganz neue Bedeutung erhielt, wogegen eben nur die Gemeinde als solche die Reaktion übernehmen konnte. Indessen errangen die Städte gerade die Ausübung des Blutbanns erst später, und das besondere Gemeindestrafrecht bildete sich nur allmälig aus widerstreitenden Elementen hervor.

Bürgerliche Gerichtsbarkeit wurde ihnen in der Regel früher zu Theil. Ueberhaupt nämlich ging diese leichter und in größerem Maße von den Inhabern der hohen Justiz an die der niederen über. Zwar sollte über das Eigen freier Leute nur im Gaugericht oder dem seine Stelle vertretenden Landgericht erkannt werden. Allein durch die Umwälzung der Standes- und Besitzverhältnisse war eine große Masse von Grundbesitz in abgeleiteten oder halbfreien verwandelt und der grundherrlichen Gerichtsbarkeit unterworfen worden [2]). Besonders war es auch den Inhabern alter Centgrafschaften (Vögten) mit dem Erblichwerden ihrer Gewalt allmälig gelungen, ihre Dingpflichtigen auch mit ihrem Eigen in eine dem grundherrlichen Verhältnisse analoge Abhängigkeit von sich zu bringen [3]). Noch leichter ging diese Schmälerung der hohen Gerichtsbarkeit in den Städten vor sich, je mehr in Folge der Entwicklung der städtischen Freiheit und Verfassung der Unterschied zwischen freiem und abgeleitetem Besitz sich verlor. Wo, wie in Zürich, das alte Centgrafenamt im Schultheissenamt sich fortsetzte, da dehnte sich die Kompetenz dieser Behörde bald über den ehemaligen Geschäftskreis des Centenars aus, so daß ihrer Gerichtsbarkeit nicht nur Geldschulden und kleinere Frevel, sondern auch Streitigkeiten über Eigen und Erbe unterworfen wurden [4]). Dieß war aber lediglich ein Gewinn für den

1) Donandt I. S. 216—220.
2) Bluntschli I. S. 215.
3) eb. I. S. 225—231.
4) eb. I. S. 174—176. vgl. Eichhorn Zeitschr. I. S. 221.

städtischen Rath, der einen stets wachsenden Einfluß auf das Schultheißengericht ausübte, bis sich sogar die Ansicht ausbildete, daß er über demselben als höhere Instanz stehe. Dasselbe erfolgte aber auch, wo, wie in Bremen, in demselben Beamten die Gewalt des Grafen und des Centenars vereinigt war [1]). Zunächst finden sich nämlich schon frühe Rathmannen als controlirende Beisitzer des Vogtgerichts [2]); bald aber entstand der Gebrauch, von ihnen als den Kundigsten, Rechtsbelehrungen einzuholen. Eine eigene Gerichtsbarkeit des Raths entwickelte sich sofort aus seinen polizeilichen Befugnissen, insbesondere seiner Kognition über Polizeiübertretungen, seiner Aufsicht über alle Anstalten des städtischen Wohls und die städtischen Grundstücke, seinem Rechte, die Urtheile des Vogtgerichts vollstrecken zu lassen, woraus sich eine Appellationsinstanz entwickelte, bis denn aus der Sitte, den Rath als Schiedsgericht anzugehen, sich auch eine ordentliche Kompetenz desselben in erster Instanz bildete, und hiernach die Civiljustiz des Vogtgerichts allmälig unterging [3]).

Den Blutbann zu erwerben, gelang schwerer. In der Regel behielt sich auch hier, bei Veräußerung der Vogtei, den letzteren jedenfalls der Landesherr (oder der Kaiser für den Reichsvogt) vor [4]). So hatte auch z. B. in Zürich nur der Reichsvogt das Blutgericht, in welchem nicht der Rath als solcher das Urtheil fand. Ebenso in Bremen [5]). Der Grund lag in der Wichtigkeit dieses Gerichts, die eine feierliche Hegung desselben im Namen des Kaisers selbst verlangte, und in seiner Bedeutung als Kennzeichen der Landeshoheit. Gleichwohl ward diese Beschränkung in den Städten allmälig zum leeren Scheine [6]). Zunächst findet sich, daß auch auf die Verwaltung der peinlichen Gerichtsbarkeit der Rath theils infolge seiner ursprünglichen Bedeutung, theils infolge seiner immer mehr wachsenden Gewalt stets größeren Einfluß erhielt. Auch in peinlichen Sachen hatte er die Vermuthung der praktischen Rechtskunde für

1) Donandt I. S. 148—166. vgl. Zöpfl Bamb. R. S. 51—59.
2) Donandt I. S. 148. not. 215.
3) J. Lub. a. 1235. bei Westphalen III. c. 623. Hamb. R. a. 1270. VI. 10. eb. IV. c. 300. Donandt I. S. 152. n. 223. Bluntschli I. S. 172. 173. not. 126—128.
4) Urk. bei Neug. nr. 910. 941.
5) Bluntschli I. S. 165. 166. Donandt S. 166—201.
6) Vgl. Bluntschli I. S. 372.

sich, und es machte sich von selbst, daß er von dem landesherrlichen Beamten zur Findung des Urtheils aufgefordert wurde[1]). Er hatte aber auch die passendsten Mittel, um sich direkt in die peinliche Rechtspflege einzuführen.

Vermöge des herrschenden Bußsystems gehörte nämlich eine Menge von Vergehen überall nicht vor den Inhaber des Blutbanns, sondern vor den Centenar oder die, welche in seine Stelle einrückten, wie ja auch eine gewisse geringere Strafjustiz sich mit der grundherrlichen Gerichtsbarkeit verbunden hatte[2]). Hier erlangte aber der Rath eben damit Eingang, daß er überhaupt auf die niedere Gerichtsbarkeit Einfluß erhielt. Wichtiger und umfangreicher jedoch wurde seine Bedeutung dadurch, daß er von Anfang an als Polizeibehörde auftrat, und daß das städtische Gemeindeleben eine Menge von Verhältnissen erst hervorrief, worüber die Kognition nur an den Rath kommen konnte. Dahin gehörte die Sicherheitspolizei und das damit zusammenhängende Geleitsrecht, die Nothwendigkeit, die Strafen durch den Rath vollstrecken zu lassen, woraus sich eine Art von Begnadigungsrecht für ihn entwickelte, was noch überdieß in der von der polizeilichen Stellung des Raths ausgehenden, peinlichen Gesetzgebung desselben Unterstützung fand[3]). Allerdings konnte sich die Strafrechtspflege des Raths in dieser Richtung zunächst nur auf das specifische Städteleben, besonders das Gewerbe- und Handelswesen beziehen. Allein er griff bald über diesen Kreis hinaus und zog allmälig eins nach dem andern von dem an sich, was dem Gerichte des landesherrlichen Beamten oder des Reichsvogts angehörte. So zog z. B. der Rath zu Zürich selbst den Mord an sich, indem er Verweisung und Konfiskation dafür festsetzte und durch die rasche Vollziehung seiner Strafe den Verbrecher indirekt dem kompetenten Gerichte entzog, dessen Einschreiten, wenn es dazu gekommen wäre, er nicht wohl hätte verhindern können[4]). Alles zu bestrafen, was Nutzen und Ehre der Stadt zu bestrafen fordere, war das vielsagende Princip des Raths, der sich für jeden Uebergriff auf seine Pflicht, für die Aufrechterhaltung der inneren Ordnung der Stadt zu sorgen, berufen konnte, und den Schein der Gesetzlichkeit dadurch

1) Donandt I. 171. not. 256. Bluntschli I. 394. 395.
2) Bluntschli I. S. 216. 217. 222. 223.
3) Donandt I. S. 172. 173.
4) Zürch. Richtebr. I. 1. Bluntschli I. S. 167.

zu wahren suchte, daß er nicht Strafen an Hals und Hand, sondern Geldbußen, Verbannung, Zerstörung des Hauses des Verbrechers androhte [1]). Je mehr dann im Uebrigen alle faktische Gewalt an den Rath kam, um so natürlicher war es, daß das Blutgericht des Land- oder Reichsvogts immer mehr in den Schatten trat und endlich zur leeren Form herabsank. Das Gegentheil fand natürlich dann statt, wenn die Stadt mehr und mehr unter wahre Landeshoheit kam [2]).

Die Strafjustiz der städtischen Räthe bildete sich jedoch nur allmälig aus widerstreitenden Elementen heraus [3]). Von Anfang an war das städtische Strafrecht kein anderes, als das allgemeine deutsche, d. h. jene eigenthümliche Mischung verschiedener Strafsysteme, deren Anwendung sich nach dem Stand und Vermögen der straffälligen Personen, wie nach dem Grade der entwickelten Staatsgewalt der Gerichtsherrschaft richtete. Anfangs bestanden daher wohl in den Städten mehrere Systeme neben und nach einander. Die Lehensherrn suchten die Städte dem Hofrechte zu unterwerfen, womit die Tendenz zu strengen öffentlichen Strafen gegeben war [4]). Die Erkämpfung der städtischen Freiheit brachte aber zunächst die ritterlichen Geschlechter an's Ruder, womit das Princip des Lehensstrafrechts in den Städten Eingang erhielt. Wie denn die vollständige Durchsetzung des Korporativstaatsbegriffs die Ueberwindung jenes aristokratischen Elements überhaupt voraussetzte, so erscheint auch die Entwicklung des eigentlichen städtischen Strafrechts als ein Moment ihres Kampfs gegen das in sie eingedrungene Ritterthum [5]).

Den Kern der Gemeinden bildeten die mit Grundstücken ansäßigen, wenn auch nicht schöffenfreien, Gemeinfreien, die eben durch die Erlangung des Schöffenamts in den städtischen Gerichten und durch die Bewahrung der Waffenfähigkeit [6]) den alten schöffenfreien (rittermäßigen) Geschlechtern näher traten und daher auch bald

1) Jäger Schwäb. Städtewesen I. S. 120. 121.

2) Zöpfl Bamb. R. S. 59. vgl. Warnkönig flandr. R.-G. III. § 19. 27. 41.

3) Donandt II. S. 260. 305—307.

4) Thomas Oberh. v. Frankf. S. 88. 89.

5) Ebd. § 7—9.

6) Sächs. Weichb. Art. 3. 10. 16. 33. 35. Bluntschli I. 125. 126. 376—378.

durch den Hinzutritt vieler von den letztern verstärkt wurden. Diese ritterlichen Bürger standen nun zwar im Range über den übrigen Bürgern, gehörten aber gleichwohl zu demselben Stande mit ihnen [1]). Dagegen standen beide Klassen zusammen sehr scharf abgeschieden der bloßen Einwohnerschaft gegenüber, deren Kern der Handwerkerstand ausmachte. Das Hereinreichen jenes patrizischen Elements, so blutige Kämpfe später seine Ueberwindung kostete, hatte von Anfang an seine großen Vortheile für die Städte, indem die zu Bestehung der Befreiungskämpfe gegen den Lehensstaat unentbehrliche Waffenfähigkeit der Bürger daran seine wesentliche Stütze hatte [2]). Freilich legte es aber auch ein Ferment in das städtische Leben, das erst ausgähren mußte, wenn dessen staatsbildendes Princip sich mit voller Gewalt entwickeln sollte.

Dieß erhellt am besten aus der Geschichte der flandrischen Städte, in welchen dieses Princip früher, und noch dazu unter kräftiger Unterstützung von Seiten der Landeshoheit sich geltend machte [3]). Auch hier zeigt sich nämlich gleichwohl längere Zeit ein Schwanken zwischen dem Rechte des Ritterthums und dem aus dem städtischen Leben sich hervorbildenden, neuen Rechte, — ein Schwanken, das die Städte hie und da, wenn auch mit sichtlichem Widerstreben, zu offenbaren Rückschritten führte. Dasselbe zeigt sich denn auch in Deutschland, an verschiedenen Orten unter verschiedenen Modifikationen. Als Beispiel kann Bremen dienen. Hier finden sich, wie in älteren Stadtrechten, eigenthümliche Vorschriften darüber, wie der Rath Streitigkeiten unter Bürgern sogleich zu wehren habe, um größeren Unruhen vorzubeugen. Es erhellt daraus [4]), daß hier bei den Verbrechen gegen die Person noch das alte Recht der Selbsthilfe galt, das aus Verletzungen einzelner Bürger wahre Familienfehden entstehen ließ [5]). Dieses Uebel wurde durch die inneren Kämpfe, welche die Entwicklung der Städteverfassung mit sich führte,

1) Urk. a. 1277. bei Puffend. II. 268. Zürch. Richtebr. I. 15. III. 27. bei Bluntschli I. 143. 144. Stadtr. v. Kolm. bei Schöpflin II. 58.

2) Gött. Stat. Art. 45. bei Puffend. III. 159. Donandt S. 105. 111—115. 226—228. II. 63. v. 9.

3) Thomas a. a. O. S. 36. 37. 41—49. Warnkönig III. Kap. 2. 3.

4) Donandt II. S. 58—92.

5) Vgl. Lüb. R. 1240 bei Westphalen III. c. 653. Sonst. Skr. Art. 112. ebd. IV. c. 3073. Braunschw. und Gosl. Stadtr. bei Leibn. III. 441. 506. Vogt Mon. ined. II. p. 148.

so gesteigert, daß Anstalten, um seine Quellen zu verstopfen, dringendes Bedürfniß wurden. Gerade die getroffenen Anstalten zeigen aber, wie tief diese Quellen lagen, und wie ängstlich man den ritterlichen Standesgeist schonen mußte. Das Hauptbestreben ging dahin, die Streitenden selbst zu versöhnen, um späterer Selbstrache vorzubeugen. Die Verwandten wagte man nicht direkt am Einschreiten zu verhindern, und glaubte überhaupt die ganze Sache nicht als gerichtliche, sondern als eigentliche Staatsangelegenheit behandeln zu müssen. Das betr. Statut zeigt sich schon als Frucht des Kampfs der Innungen und der Geschlechter, daher direkte und indirekte Zwangsmaßregeln mancher Art darin vorkommen. Immer mehr trat aber die Gemeinde schlichtend an die Stelle der Familien. Besonders entwickelte sich nach und nach in den Städten ein Mittleres zwischen öffentlicher Strafe und gütlicher Abfindung, — die Stadtverweisung [1]), unter Androhung der Rechtlosigkeit für den Fall der Rückkehr zur Zeit der Verbannung. Zwar erhielt sich die Sitte der Theidigung, auch bei schweren Missethaten, noch lange; die Neigung dazu lag aber weniger in einem Mangel an Energie, als in dem Interesse der Stadträthe [2]), auf indirektem Wege die Blutbannsfälle an sich zu ziehen; auch nahmen sie es mit den Bedingungen sehr streng [3]).

Mit dem Hinüberreichen des Ritterthums in das Städtewesen hängt es denn auch zusammen, wenn sich das Bußsystem in den Städten noch längere Zeit erhielt [4]). Sein Gleichungspunkt mit der Sphäre des Lehenswesens jedoch, d. h. die Eigenschaft der Buße als Mittels der Genugthuung für den Verletzten und seine Familie, erscheint durch den Gedanken modificirt, daß die Abwendung weiterer Unordnungen im Interesse des städtischen Friedens liege [5]), und daher durch die städtischen Behörden, gütlich oder mit Zwang, vermittelt werden müsse. Während aber die älteren Statuten nur von einem Friedegebieten des Raths wissen, so lassen die späteren eine Betheiligung der ganzen Gemeinde, und immer strengere Maßregeln gegen die, welche die Annahme der Sühne verweigern, sofort den

1) Zöpfl Bamb. R. S. 113.
2) Bluntschli I. 170. n. 120. Donandt II. 30.
3) Zöpfl Anh. V. nr. 104.
4) Lehmann Speir. Chron. IV. c. 16. Siebenkees Mat. III. S. 67—70.
5) Urk. 1255. bei Staphorst Hamb. K.Gesch. I. 2. S. 34.

Ausschluß des Thäters von der Sühne, oder auch der Sühne überhaupt bei schwereren Verbrechen wahrnehmen [1]). Bei kräftigerer Entwicklung des städtischen Regiments wird ferner bestimmt, daß das gütliche Abkommen der Parthieen allein nie genüge, sondern stets der Friede mit der Obrigkeit noch besonders gesucht werden müsse [2]).

Mehr und mehr tritt das Bewußtsein hervor, daß das einzelne Mitglied der Gemeinde in dieser selbst seinen Schirm und Halt zu suchen habe, daher auch eine Verletzung desselben als Verletzung der Gemeinde selbst zu betrachten sei, daher denn auch Verbrechen gegen einen Bürger schwerer gestraft wurden, als die gegen einen Nichtbürger [3]). Die Buße ist stets mit einem Friedensgeld an die Stadt verbunden (die es aber oft noch mit einem herrschaftlichen Gerichte zu theilen hat) [4]). Die Zahlung des Friedensgeldes war aber gerade bei den Städten keine leere Form, sondern der Keim einer reichen Entwicklung, — zunächst weniger bei denjenigen Delikten, deren Buße die Stadt mit einem herrschaftlichen Gerichte zu theilen hatte, weil hier die Stadt durch die Berechtigung des letzteren gehemmt war und vorerst nur das Interesse haben konnte, die Buße ausschließlich an sich zu bringen [5]), um so gewisser aber bei denen, durch die sie sich selbst specifisch verletzt behaupten konnte, wie Verbrechen gegen den städtischen Frieden, Tragen verbotener Waffen, Heimsuchen, Eingehung verbotener Einigungen, Tumult, Auflauf, Eidesweigerung, Ueberfahren des Geleits, Meinstrafen der Schöffen ꝛc. [6]). Hier setzte die Stadt Bußen an, die sie allein bezog. Ließ sie daneben noch eine Privatgenugthuung an ihr verletztes Mitglied zu, so löste diese sich immer mehr in den Begriff des Schadensersatzes auf, während die Buße an die Gemeinde die Natur einer wahren Geldstrafe annahm. Dieß geschah aber immer mehr zunächst bei Delikten, die als Friedensbruch an der Stadt erschienen, — ein sehr elastischer Begriff, unter den leicht auch Privatver-

1) Urk. bei Donandt II. S. 290. n. 12.

2) Urk. ebd. II. S. 279. Zöpfl a. a. O. S. 127—128.

3) Bluntschli I. 378. Donandt II. 286. 289.

4) Urk. bei Worms bei Schannat C. dipl. p. 77. Lehmann Chron. IV. c. 16. Zürch. Richtebr. I. 14. (Bluntschli I. 167. 168.)

5) Zöpfl Anh. V. nr. 70. 92. Nürnb. R. b. Siebenkees Beitr. V. S. 204 f.

6) Donandt II. S. 299. 300. Zöpfl S. 122—125. Warnkönig flandr. R.G. III. S. 240—245.

brechen gezogen werden konnten. Die Delikte gegen die äußere und innere Sicherheit des Gemeinwesens, wohin besonders auch die Verletzungen des öffentlichen Kredits gehörten [1]), bildeten um so mehr den Mittelpunkt für die allmälige Entwicklung eines besonderen städtischen Strafrechts, als die städtischen Behörden in ihrer administrativen und polizeilichen Eigenschaft ohnedies ein sehr umfangreiches, strafrechtliches Gebiet, das dem Lehensstaat so gut als ganz fehlte, als ihre Domäne hergebracht hatten [2]). Auch diejenigen Vergehen, bei deren Bestrafung erst eine andere Behörde konkurrirte, nahmen dann allmälig von selbst den Charakter des besonderen städtischen Strafrechts an, wo auch nicht der Rath die ganze Strafjustiz geradezu in die Hand bekam [3]). Oft erschien in solchen Fällen das städtische Recht als das mildere, — eben um ein Blutgericht mittelbar um seine Kompetenz zu bringen. Sobald dies aber erreicht war, wurden die Zügel sogleich wieder straffer angezogen, besonders wenn die Stadt keine aristokratischen Sympathieen mehr zu fürchten oder zu schonen hatte. Die Entwicklung der Buße zur Geldstrafe, der dann andere öffentliche Strafen substituirt wurden, war nun freilich den städtischen Gerichten nicht eigenthümlich; ja, sie ging in den (namentlich den größeren) Landesherrschaften zum Theil früher vor sich, eben weil die Städte feudalistische (patricische) Elemente zu überwinden hatten, die dort nicht im Wege standen. Gleichwohl erhoben sich die Städte mit der Zeit zu einer vollständigeren und koncentrirteren Entwicklung des Staatsbegriffs im Strafrecht, eben weil sie vollständigere und koncentrirtere Brennpunkte der sämmtlichen socialen Bildungselemente der Zeit darstellten. —

Man sieht sie stetig fortschreiten in der Tendenz, alle Fehden abzuschneiden, den städtischen Frieden zu erhalten, und die Gewährung des Friedens für den Verbrecher von der Auktorität ihrer Behörden abhängig zu machen. Die Geldstrafen werden größer, was sich nicht allein aus dem steigenden Reichthum, sondern auch aus dem Streben erklärt, der Geldstrafe andere Strafen substituiren zu können. Bald aber drohen die Städte solche andere Strafen direkt

1) Donandt II. S. 303—305. Bamb. Stadtr. § 84—90. 146.

2) Bamb. Stadtr. § 202. Donandt II. 302. 303. Stat. v. Celle bei Puffend. I. app. 236.

3) Urk. bei Donandt II. S. 277—280.

an [1]). Wenn nun aber hier, durch die Gährung der aristokratischen Elemente veranlaßt, die Praxis doch wieder die Lösung mit Geld zuließ, ja wohl auch spätere Gesetze geradezu die früheren strengeren Bestimmungen milderten [2]), so waren jene strengen Strafdrohungen doch nicht bloßer Schein, und trugen, wenn auch später, volle Frucht. Gewiß wurden sie nämlich schon von Anfang her an allen denjenigen wirklich vollzogen, die nicht in der Lage waren, den Gesetzen trotzen zu können [3]). Gerade der Umstand aber, daß in den Städten Reiche und Arme, Starke und Schwache nicht an gesonderte Gerichte sich vertheilten, mußte zu dem Bestreben führen, jene ungleiche Behandlung abzustellen. Vollständig war dieß freilich erst nach durchgeführtem Siege des demokratischen Princips zu erreichen. Allein ein vermittelnder Uebergang konnte auch jetzt nicht ausbleiben. Ein solcher lag aber in der Rückkehr der Städte zu dem uralten Systeme der Friedlosigkeit, das freilich bei ihnen neue Modifikationen annahm.

Die Verfestung des Ungehorsamen, der sich vor Gericht nicht stellte, hatten sie mit dem allgemeinen Rechte [4]) gemein. Sie machte an sich nicht rechtlos, sondern hatte diese Folge erst, wenn man sich nicht aus ihr zog. Wenn es freilich nicht gelang, den Flüchtigen gefangen vor Gericht zu bringen, so trat dasselbe Verfahren ein, wie bei handhafter That. Auch diese processualische Maßregel indessen wurde von den Städten energischer gehandhabt, als von anderen Behörden. Nach gemeinem Rechte mußte der Kläger den flüchtigen Verbrecher, den er gefangen vor Gericht brachte, immer noch übersiebnen, wenn das Verbrechen an Hals und Hand ging; nur bei geringeren galt die Contumacia als Geständniß der That. Gerade in den Städten findet sich nun eine doppelte Abweichung, indem nach einigen Statuten der letztere Grundsatz auch bei den schwersten Verbrechen angenommen wurde [5]), nach anderen der flüchtige Verbrecher, auch ohne verfestet zu sein, von dem Kläger,

1) Gosl. Stadtr. bei Bruns Beitr. S. 351. Braunschw. Stadtr. bei Leibn. III. 441. Stat. Rip. art. 17. bei Westphalen IV. c. 2001.

2) Frankf. Urk. bei Thomas S. 88. 89. Orth Anm. z. Frankf. Ref. III. 858—874. Warnkönig III. § 19. 22. 23.

3) Zus. zum Zürch. Richtebr. I. bei Bluntschli I. S. 241.

4) Eichhorn II. § 884. Zöpfl Bamb. R. S. 136—139.

5) So in Hamburg, Lübeck, Augsburg. v. Wächter Beitr. S. 70. Zöpfl a. a. O. S. 137. 138.

der ihn gefangen vor Gericht brachte, übersiebnet und sofort verurtheilt werden konnte [1]). Besonders kam es auch in den Städten vor, daß man übelberüchtigte Personen selbst bei übernächtiger That gerade so behandelte, als wenn sie flüchtig gewesen und gefangen vor Gericht gebracht worden wären. Die Verbannung wurde nun aber ferner für die Städte zu einem ihrer Hauptstrafmittel, das gerade durch die städtischen Verhältnisse seine besondere Bedeutung erhielt.

Die Städte, als die neuen Formen des Begriffs der Gemeinde, sahen sich ganz natürlich auf das alte Institut der Friedlosigkeit hingewiesen. Diese bekam aber jetzt eine andere Bedeutung, da sie als Maßregel einer an Macht stetig wachsenden Obrigkeit erschien, und sich auf ein Gemeindeleben ganz neuer Art bezog. Die Städte griffen zur Verbannung, eben so lange sie noch nicht entschieden und offen das Blutgericht an sich ziehen durften. Sie bot sich dar als Mittelding zwischen eigentlicher Strafe und processualischer Zwangsmaßregel, zugleich als passende Ergänzung des den Städten zuständigen Bußstrafrechts, zunächst subsidiär für den Fall, daß der Verbrecher die Buße nicht zahlen wollte [2]), später aber neben der Buße, oder auch als Hauptstrafe [3]). So milde diese Strafe zunächst gegen den flüchtigen oder widerspenstigen Verbrecher erschien, und so wenig scheinbar damit die Städte ihre Jurisdiktionsbefugnisse überschritten, so viel konnte doch in diesem Ausstoßen aus dem städtischen Frieden liegen, oder darein gelegt werden. Je mehr Vortheile das seiner Blüthe zureifende, städtische Leben bot, um so härter wurde das Loos, daselbst seine Heimath zu verlieren; es war aber dafür gesorgt, daß dieser Verlust als ein wirklicher empfunden werden mußte, da man das Haus des Verbannten niederriß und sein Vermögen einzog [4]). Noch bedeutungsvoller aber, namentlich auch für solche, die nicht in der Stadt begütert waren, wurde die Aufzeichnung der Verbannten in den Registern [5]); denn, wenn sie sich im Bereich der städtischen Macht blicken ließen, so nahm man nun

1) Zöpfl Anh. S. 148. Dreyer Nebenst. S. 129. Statute bei v. Wächter S. 264—266. Vgl. Gropp Krim. B. S. 390—393.

2) Donandt II. S. 289. 305.

3) Thomas S. 28. Warnkönig III. S. 176.

4) Grimm Rechts-Alt. S. 729. Wilda Strafrecht S. 293. 294. Bluntschli I. S. 169.

5) Schreiber Urk.buch f. Freib. II. S. 135—167.

keinen Anstand, sie wegen Stadtfriedensbruchs an Leib oder Leben zu strafen [1]). Wie in der Größe der Buße die des Verbrechens sich ausdrückte, so geschah dieß auch in den Abstufungen der Verbannung nach der Zeit [2]), sowie nach der Größe der auf den Bruch gedrohten Strafen [3]). So bereitete sich unmerklich der Zustand vor, wo die Städte jene Vermittlung ganz in den Prozeß verweisen, und im Strafrecht unmittelbar mit Strafen an Leben, Leib, Freiheit und Ehre auftreten konnten [4]).

Wie das städtische Leben selbst alle gesellschaftlichen Elemente in sich aufnahm, so ist es auch die Geschichte ihres Strafrechts, welche alle, sonst zerstreuten, Bildungsmomente zusammenfaßte und den Fortschritt vermittelte, der sich im 16. Jahrhundert in der P.G.O. fixirte [5]), wobei namentlich auch dieß nicht außer Acht zu lassen ist, daß die Städte zuerst die durch die Mangelhaftigkeit des Lehensstaats hervorgerufenen Uebergriffe des kirchlichen Strafrechts zurückwiesen und den Bedürfnissen, denen es gedient hatte, durch ihre eigene, vom Standpunkte der Polizei aus unternommene Gesetzgebung abzuhelfen suchten und verstanden [6]).

Die freiere Entwicklung des städtischen Strafrechts hing übrigens genau mit dem Fortschritte zusammen, den die Städte in der Ausbildung des Strafverfahrens machten, wie ja auch die Kirche vornämlich auf demselben Wege ihr eigenthümliches Strafrecht durchsetzte. Zwar waren auch die unter das Princip der Landeshoheit fallenden Gerichte (s. o.) an sich geeignet, eine größere Energie der Strafjustiz zu entfalten, besonders wo sie den hofrechtlichen Stempel an sich trugen. Allein theils herrschte dieser Typus keineswegs bei allen vor, theils waren, wo er vorherrschte, die Dienstpflichtigen in einem solchen Verhältnisse, daß an autonomische Rechtsbildung nicht

---

1) Bluntschli I. S. 169. Not 119. Zöpfl Bamb. R. S. 112. 113. n. 6—9.

2) Lehmann Chron. IV. c. 16. Gött. Stat. Art. 296. Puffend. III. app. p. 162. Donandt II. S. 295—298.

3) Bluntschli und Zöpfl a. a. O. Warnkönig III. S. 177.

4) Roßhirt Gesch. und Syst. I. S. 148—150.

5) Malblank Gesch. der P.G.O. Zöpfl Bamb. R. Roßhirt Gesch. und Syst. I.

6) J. Susat. art. 16. 17. bei Haeberlin Anal. med. aev. p. 508. Stat. Hamb. VII. 13. Stat. VI. 13. Flensb. art. 18. 20 bei Westphalen IV. c. 1904. Sartorius Gesch. der Hansa I. 125. Zürch. Richtebr. VI. Bluntschli I. S. 177. 178. ebd. S. 408. nr. 145. S. 411 unten.

zu denken war, vielmehr in der Regel die Willkür der Herrschaft entschied, deren Produktivität in der Rechtsentwicklung, an sich nicht groß, noch überdieß durch äußere Umstände sich vielfach gehemmt sah. Von Gleichförmigkeit war bei jenen Gerichten ohnedieß nicht die Rede, und in der geringen Bildung der Schöffen kein Element zur Reform des verknöcherten Herkommens zu finden [1]). Seit der Errichtung der Hofgerichte oder Purifikation der Landgerichte sanken die betreffenden Gerichte in eine der Rechtlosigkeit dieser unteren Klassen nur zu sehr entsprechende Mißachtung, die ihren Verfall beförderte. Von ihnen war daher der Regel nach (denn Ausnahmen kommen allerdings vor) ein entschiedener Vorgang zur Reformation des Verfahrens nicht zu erwarten.

Um so mehr waren die städtischen Gerichte geeignet, einer systematischen Reform in diesem Rechtstheile Bahn zu brechen. Ihnen mußte zuerst das Ungenügende des herkömmlichen Verfahrens fühlbar werden, weil in den Städten Ritterthum und Bürgerthum unmittelbar zusammenstieß, das Interesse des letzteren aber stetig in siegreichem Kampfe um sich griff, und eben damit das Bewußtsein wuchs, daß in dem Einen politischen Ganzen Ein Recht herrschen, und dieses dem Zwecke eines solchen Ganzen entsprechen, daher die exklusiven Ansprüche des Junkerthums in sich aufzehren müsse [2]). Letztere vermochten sich daher in den Städten nicht durch den Standesgeist aufrecht zu erhalten, wie in den Land- und Hofgerichten. Ebensowenig aber konnte herrschaftliche Willkür, wie in den Centämtern, sich geltend machen, weil das Mark der ritterlichen Gesinnung in die Gesammtheit der freien Gemeinde überging [3]). Während mithin im Uebrigen das Recht sich nach dem Unterschied der Stände modelte, so hatte es in den Städten die Tendenz, diesen Unterschied auszugleichen und die Einheit des politischen Ganzen an sich darzustellen. Eben damit lag darin auch der Fortschritt von der Eigenschaft eines Privilegiums zu der Eigenschaft eines wieder auf seinen wahren Grund bezogenen, daher auch mit der Vorstellung einer entsprechenden Pflicht verbundenen Rechts. Nicht als ob die Städte rein um der Idee der Gerechtigkeit willen gehandelt hätten.

---

1) Petr. ab. Andlo. bei Zöpfl S. 59. - Bamb. H.G.O. Art. 172. 175. 276. P.G.O. 146. 150. Roßhirt I. S. 118.

2) Thomas Oberhof von Frankf. S. 36. 37. 41—49.

3) Donandt I. S. 111—115.

Sie handelten, durch die Umstände genöthigt, im Interesse ihres eigenen wohlverstandenen Vortheils. Die Frucht ihres besonnenen und energischen Handelns war aber, daß sie dadurch von selbst einer reineren und reiferen Gestaltung der Strafjustiz zugeführt wurden, als die übrigen Gerichte — dieß schon deßhalb, weil sie sich von Anfang an nicht blos mit Privatrechtsverletzungen befaßt hatten, vielmehr unter dem Titel der Polizei im Stande waren, ebenwie die Kirche, die Lücken des gemeinen Strafrechts auszufüllen [1]).

Sollten die Stadträthe die Kognition in allen peinlichen Fällen erhalten können, so mußte zuvor das mit dem Blutbann des Lehensstaats zusammenhängende Verfahren umgestaltet werden. Wie dieser Blutbann die Bedeutung eines Privilegiums hatte, so war auch das Verfahren wieder um alle inquisitorischen Elemente gekommen, die es in der karolingischen Zeit gehabt hatte [2]); — natürlich, da das Untersuchungsprincip, als der Ausdruck der dem Staate obliegenden Sorge für Verfolgung der Verbrechen, auch ein wahres Staatsbewußtsein voraussetzt, gerade dieses aber dem Lehensstaat abging. Regel war es daher wieder geworden, daß, wo kein Kläger sei, auch kein Richter sein solle [3]); ja es war die weitere Rückbildung eingetreten, daß man bei fortschreitender Verkümmerung des staatlichen Zusammenhangs die alte Familienschutzpflicht wieder aufwachen sah [4]). Zwar finden sich nun, theils in den Rechtsbüchern, theils in Lokalrechten, einzelne Ansätze zu inquisitorischem Verfahren, wenigstens bei schweren oder notorischen Verbrechen [5]), oder wenigstens dieß, daß hie und da der Beschädigte zur Klage gezwungen werden konnte [6]), welcher Grundsatz übrigens keineswegs konsequent durchgeführt wurde [7]).

Die Städte waren es aber gerade, bei denen das Bedürfniß einer systematischen Aenderung eine solche auch wirklich herbeiführte. Daher hier die frühe Erscheinung der Anordnung des Untersuchungsprocesses in Fällen, wo man der Ausübung des Fehderechts vor-

---

1) Bluntschli I. S. 408. n. 145. S. 411.

2) Biener Beitr. S. 129—134.

3) Sächs. L.R. I. 62. Ditm. L.R. bei **Westphalen** III. c. 1737. Magdeb. R. bei Böhme diplom. Beitr. I. S. 24.

4) **Haltaus** V. Anklage. Zöpfl S. 126. 127.

5) Willk. d. Brookm. bei Wiarda S. 32. (§ 45.) Kaiserr. I. 14. II. 2.

6) Kaiserr. I. 13. II. 19.

7) Sächs. L.R. I. 62. e. Glosse. I. 69. II. 8. Gl. z. I. 64.

beugen wollte [1]), eine Anordnung, die, als Reaktion, principielle Bedeutung hatte. Dieß spricht sich besonders in der Aufstellung amtlicher Ankläger aus, wozu freilich auch die Rechtsbücher einen Ansatz zeigen [2]). Während aber hier der Grundsatz wieder ohne Konsequenz blieb und sich in den herkömmlichen Privatanklageproceß zurückverlor, so trat er wiederum in den Städten mit principieller Kraft auf. Anfangs freilich auch nur als eventuelle Maßregel, wenn es z. B. an einem klagberechtigten Verwandten fehlte [3]), bald aber bei jeder bedeutenden Sache [4]), oder überall, wo der Privatankläger die Klage fallen lassen wollte [5]). Wo ein Kläger auftrat, mußte er, wenn er nicht etwa voraus schon zur Klage gezwungen worden war, die Vollführung der Klage geloben, und nöthigenfalls sich bis dahin gefangen setzen lassen [6]). Eventuell trat der Richter von Amtswegen als Kläger auf, ohne seine Einwilligung war keine Theidigung möglich [7]). Alles dieß war aber nur ein erster Schritt. Der zweite war die Anordnung der wirklichen Untersuchung von Amtswegen [8]).

Wo die Städte noch ein herrschaftliches (oder reichsvogteiliches) Blutgericht innerhalb ihrer Mauern anerkennen mußten, da trat die Anomalie ein, daß sie dem Rechte nach diesem die Justiz überlassen sollten, während in der That Niemand bezweifelte, daß ihre politische und polizeiliche Stellung sie befähige und verpflichte, für die Verfolgung und Bestrafung der Verbrechen zu sorgen. Die städtischen Räthe kamen nun auf den Ausweg, daß sie zunächst die Privatanklage annahmen, um sie ihrerseits vor dem Blutgerichte zu verfolgen. Da sie sich nun nicht in die Gefahr begeben konnten, als falsche Ankläger zu erscheinen, so war es natürlich, daß sie die Sache zuerst bei sich untersuchten, und die Anklage nur dann stellten, wenn sie eines verurtheilenden Erkenntnisses sich versichert hatten, woraus

1) Gosl. Erk. nr. 14. 27. bei Bruns S. 184. 191. Lüb. R. bei Dreyer Abh. I. 472. Donandt II. 68—72. Lehmann a. a. O.

2) Sächs. L.R. I. 2. Gl. z. I. 58. Wilda Strafr. S. 210—223.

3) Lüneb. Stadtr. Art. 95. bei Dreyer Nebenst. S. 393.

4) ebd. Art. 135. (S. 408.)

5) Bamb. Stadtr. § 162. 163. vergl. § 73. 205—209. Zöpfl S. 134. 135.

6) Vergl. übrigens Sächs. L.R. I. 61. § 1. III. 14. Donandt I. S. 181. n. 281.

7) Donandt I. S. 182 n. 283. 284.

8) Donandt I. S. 182—201. Bluntschli I. S. 166—404.

sich dann von selbst ergab, daß das Verfahren vor dem formell berechtigten Richter zur bloßen Form, ja zur leeren Komödie herabsank [1]), wie denn ja auch in den schon von Anfang an bei ihm verhandelten Sachen das Urtheil von ihm an den Rath gestellt zu werden pflegte, der seine zwei kontrolirenden Blutherrn im Vogtgerichte sitzen und die Exekution zu besorgen hatte. Wenn sich daher auch beim Blutgerichte der alte reine Anklageproceß theilweise noch daneben erhielt, so bekam doch in That und Wahrheit auf die eine oder andere Weise der städtische Rath die Kognition in seine Hand, und sein natürliches Bestreben war dann, in allen Sachen nicht nur des Endurtheils, sondern auch der vorgängigen Untersuchung habhaft zu werden.

Das inquisitorische Princip konnte aber auch allein zu einer Reform des herkömmlichen Beweissystems [2]) führen. Dasselbe gründete sich auf die ächtgermanische Idee, daß der Beweis in peinlichen Sachen nicht blos durch objektive Wahrheitskriterien vermittelt sein, sondern durch das Medium der subjektiven Gewissensüberzeugung gehen müsse. Die Vermittlung dieser Gewissensüberzeugung aber war nicht allein im germanischen Recht eine noch sehr unreife, theils naive, theils rohe, sondern sie war auch größtentheils (den Fall des Augenscheins ausgenommen) nicht der richtenden Gemeinde oder den Schöffen, sondern den Partieen überlassen, so daß das Urtheil die selbstlose Konsequenz aus dem Resultate des von den letzteren vorgenommenen Beweisverfahrens sein mußte. Ein solches Beweissystem mußte dem Lehensstaat vorzüglich zusagen, in welchem daher auch die schon unter Karl d. Gr. gemachten Ansätze zum Untersuchungsprincip und zur Anklagejury sich wieder verloren und nur partikularrechtlich ein kümmerliches Leben fristeten. In den specifisch dem Lehensstaat angehörigen Gerichten wurde daher das Verfahren wieder ganz von der Privatklage abhängig, in die Hand der Parthieen gegeben, und überall auf die Analogie des bürgerlichen Rechtsstreits reducirt [3]). Bei handhafter That hatte der Kläger, bei übernächtiger der Beklagte die Vorhand; daneben bestanden Gottesurtheile, und besonders der Zweikampf. Ohne Zweifel

---

1) Zöpfl S. 132 n. 3. und Anh. II. Siebenkees Mat. S. 532 f.

2) Zöpfl S. 136 f. v. Wächter Beitr. Abh. 3. und meine Rec. N. Jen. Lit.Ztg. 1846 nr. 106. 107. Vgl. meine Abh. in den konstit. Jahrb. 1843. II. 1845. III.

3) Gropp krim. Beitr. II. S. 362—383.

kamen aber die Erfordernisse der Handhaftigkeit seltener vor, und wurden streng genommen. Ueberdieß bildete sich hier, sehr bezeichnend, der Inzichtproceß aus, ein bequemes Mittel für den mächtigen Verbrecher, um mit dem einfachen Reinigungseide durchzukommen[1]).

Den Städten wurde es dagegen ganz besonders Bedürfniß, das Schicksal eines Strafprocesses nicht mehr den Partheien preiszugeben. Zunächst bot sich als Hülfsmittel, um dem peinlichen Gerichte eine größere Energie zu sichern, die Erweiterung des Begriffs der Handhaftigkeit dar. Diese erfolgte theils durch Zulassung der Abwendung der Uebernächtigkeit[2]), theils durch Gestattung des Richtens auf blickenden Schein[3]). Allein das half nicht viel, da die Realisirung der gesetzlichen Strenge doch jedesmal durch die Möglichkeit bedingt war, den Thäter auch wirklich vor Gericht zu bringen, dieser Möglichkeit aber bei der Zerrissenheit der mittelalterlichen Gerichtsverfassung unendlich viele Schwierigkeiten entgegenstanden. Man suchte daher wenigstens für den Fall, daß jenes gelänge, den Gerichten möglichst freie Hand zu verschaffen. Daher begnügte man sich in den Städten bald nicht mehr mit dem gemeinen Verfestungsrechte (s. o.), sondern setzte strengere Maßregeln fest; — freilich hie und da nur für die Nichtbürger, während man für die Bürger das alte Recht als Privilegium fortdauern ließ[4]), oft aber auch ganz allgemein[5]). Auch diese Maßregeln reichten jedoch nicht aus. Denn auch jetzt noch konnten die Fälle nicht selten sein, wo der Beklagte auf freiem Fuße processirt werden mußte, sei es, daß die That nicht handhaft gemacht war, oder daß der Verfestete sich aus der Verfestung zog, oder seinen Ungehorsam entschuldigte, nachdem er freies Geleit erhalten hatte ꝛc. In solchen Fällen mußte man ihn ziehen lassen, wenn er allein oder mit Eidhelfern sich losschwur. Zwar konnte es hier auch zum Zweikampf kommen, wenn der Kläger dem Eide des Beklagten nicht traute, ja es mußte geschehen, wenn Eid gegen Eid stand[6]). War der Beklagte übel berüchtigt, so blieb nur das Gottesurtheil übrig[7]).

---

1) Roßhirt I. S. 122—127. Zöpfl S. 150—154.
2) Sächs. L.R. I. 70. § 3. Zöpfl S. 137. n. 4.
3) Zöpfl S. 139. 140.
4) v. Wächter Beitr. S. 17—20.
5) Bamb. Stadtr. § 69. 71. 213. Zöpfl 137. 138. Dreyer Nebenst. S. 129.
6) Sächs. L.R. I. 63. Freib. Stadtr. 1120. § 44.
7) Sächs. L.R. I. 39.

Alles dieß mußte aber den Städten bei erstarkendem, politischen Bewußtsein und fortschreitender Bildung gleichmäßig zuwider werden. Durch den Verfall des Gerichtswesens war es endlich in manchen Gegenden dahin gediehen, daß man selbst die Grundlage des germanischen Processes, d. h. den Satz, daß der Geständige sich selbst richte, nicht mehr achtete, und daher auch bei Geständniß noch Uebersiebnung forderte [1]). Am wenigsten Umstände machten nun die Städte mit übelberüchtigten Leuten, indem sie solche gleich den flüchtigen Verbrechern behandelten [2]). Allein bald konnte auch das jetzt als einziges praktisches Hülfsmittel vorhandene Uebersiebnen vor der Kritik nicht mehr Stand halten, und eine umfassendere Reform mußte als dringendes Bedürfniß erscheinen [3]).

Vor Allem sehen wir nun die Städte an der Abschaffung des Kampfrechts und Gottesurtheils arbeiten [4]). Denn diese Beweisformen gehörten spezifisch dem Lehenswesen und der Kirche an. Seit aber die Kirche selbst sich gegen die Ordalien erklärte, mußten sie den Städten wenigstens deßhalb zuwider sein, weil sie das Beweismittel der Unfreien waren. Zwar erhielten sich auch bei ihnen hie und da Rechte des alten Herkommens [5]). Allein weitaus die Regel war, daß sie sich davon zu befreien strebten. Nun waren aber freilich die Ueberführungsmittel sehr beschränkt, und andererseits das Uebersiebnen auf eine Weise ausgedehnt, die als neuer Uebelstand erschien.

Der hauptsächliche Mißstand für die deutschen Städte lag jedoch in dem Grundübel der ganzen deutschen Rechts- und Staatsentwicklung, in dem extremen Partikularismus, welcher die Städte behufs ihrer Selbsterhaltung zur Erstrebung der Souveränetät nöthigte, und sie eben damit als selbständige Rechtskörper isolirte. So waren sie der Rechtsentwicklung auf dem Lande vorangeeilt, und standen zu dessen unreifen Instituten in einem verderblichen Gegensatz, auf sich selbst gestellt, keiner Unterstützung gewärtig, vielmehr genöthigt, nach außen dieselben Mißbräuche mitzumachen, die sie in ihrem Innern bekämpften. Wie ihnen hiedurch ihr Fortschritt

1) Dreyer Nebenst. S. 132. Gropp a. a. O. II. S. 383—388.

2) Gropp S. 401—403.

3) v. Wächter S. 71. 269. 270.

4) Kopp hess. Ger.Verf. 135. 478. 479. Zöpfl S. 143. Thomas S. 26—28. 33—49.

5) Dreyer über alte Leibesstr. S. 160 – 165. Thomas S. 38. 39.

in der Civilisation zum Hinderniß, wie ihre Reform des Strafverfahrens auf halbem Wege aufgehalten werden mußte, das zeigt am besten ein vergleichender Blick auf die Entwicklung des germanischen Rechts in England [1]). In Deutschland fehlte es eben an dem Zusammenwirken der gesammten Nationalkraft. Hier waren die karolingischen Rügegerichte verschollen; hier herrschte rings um die Städte her das System des Feudalstaats in roher Ausartung, ja im offenen Kampfe gegen sie; hier fand sich kein aufstrebendes, die Staatsidee mächtig vertretendes Königthum, keine über das ganze Reich ihre Gewalt ausdehnende curia regis, die im Namen des Königs eine secla regis angestellt, auf offizielle Rüge hin sich thätig gezeigt, ein inquisitorisches Verfahren veranlaßt, und die Verwandlung der öffentlichen Zeugen in Geschworene herbeigeführt hätte. Der Fortschritt der deutschen Städte war und blieb ein partikulärer und darum ein halber.

Zwar wurde den Städten unter sich eine Gemeinsamkeit der Entwicklung gesichert durch ihre vielfachen Bündnisse, durch die auch in Strafsachen lange Zeit fortdauernden Rechtsbelehrungen, durch die Bewidmungen der einen Stadt mit dem Rechte der andern ꝛc. [2]). Allein dadurch wurde der Gegensatz zwischen ihnen und der Rechtsentwicklung in den übrigen Gebieten nicht aufgehoben. Sie konnten auf keine Maßregeln denken, die ein Zusammenwirken aller Reichsstände vorausgesetzt hätten, vielmehr nur innerhalb ihres nächsten Kreises dem dringendsten Bedürfnisse Genüge thun. Dieß geschah durch ihre bisher geschilderten Bestrebungen. Die Halbheit aber lag darin, daß sie zwar die Kraft hatten, das alte Beweissystem abzustreifen, dagegen der Kraft und der nöthigen Unterstützung von außen ermangelten, um eine positive Neugestaltung in nationalem Geiste durchzuführen. Sie fielen daher dem fremden Rechte in die Arme, dessen Sieg dadurch für Jahrhunderte entschieden wurde.

Man findet nämlich, daß die Städte nach und nach Stück für Stück von dem Beweissysteme des fremden Rechts annahmen, ohne doch den weiteren Fortschritt zu machen, der zum Geschworenengericht geführt haben würde. Das Nächstliegende war die Hervorhebung des Geständnisses in seiner alten Kraft, sei es, daß man

---

1) s. meinen Art. in den konstit. Jahrb. 1843. II. S. 69—75.

2) Thomas § 10—17. 26—32. Grimm Vorr. S. VII—XV. Böhmer c. dipl. Francof. p. 89 seq.

ohne Weiteres auf gichtigen Mund hin zu verurtheilen anfing [1]), oder daß man sich hiefür ausdrückliche Privilegien ertheilen ließ [2]). Dagegen erhielt der Zeugenbeweis im Sinne des fremden Rechts jetzt erst Eingang, während seine Stelle früherhin der Beweis durch Eidhelfer eingenommen hatte [3]), — anfangs noch so, daß man sich scheute, die ordentliche Strafe auszusprechen, wenn es an der Handhaftigkeit fehlte. Geständniß und Zeugenbeweis neben Handhaftigkeit füllten nun aber keineswegs die ganze Sphäre des Bedürfnisses aus. Schloß man sich ganz dem fremden Rechte an, so mußte man theils die Folter als Mittel, das Geständniß zu bewirken, aufnehmen, theils sich dazu entschließen, in den Fällen, wo weder Geständniß zu erlangen, noch Zeugenbeweis vorhanden war, die Ueberführung aus Anzeigen zu gestatten. Im Sinne des germanischen Rechts lag nun freilich weder eine Ueberführung durch Zeugenbeweis, noch eine solche durch Anzeigen; vielmehr bot sich, wenn man nicht bis zu dem Wahrspruch durch Geschworene fortschritt, nur der Eine Weg, dem germanischen Princip treu zu bleiben, welchen im 16ten Jahrh. die Bamberg. H.G.O. einschlug: die Herabsetzung des Zeugen-, wie des Anzeigenbeweises zu bloßen Rechtfertigungsgründen für die Folter als dem Mittel, das einzige durch das Medium des Gewissens gehende Beweismittel, das Geständniß, zu erlangen.

Diesen Weg schlugen die Städte nicht ein. Sie schloßen sich vielmehr in der Regel an das System des fremden Rechts an, dem Augenschein, Geständniß, Zeugniß und Anzeigen, Beweismittel von gleicher Dignität sind, und kein Bedürfniß inwohnt, die durch Zeugen und Anzeigen gewonnenen Data noch erst durch das Medium der Gewissensüberzeugung gehen zu lassen [4]). Sehr häufig war dieß aus dem direkten Einflusse des fremden Rechts zu erklären. Indessen zeigte sich gerade bei dem Anzeigenbeweise, daß auch in den Städten die Rechtsbildung noch nicht auf der Höhe des fremden Rechts stand, da an der Stelle des klaren Bewußtseins über das Wesen jenes Beweises in der Regel eine unklare und formlose, daher für

1) Zöpfl S. 141 Arch. II. C. § 26. Donandt I. S. 192 n. 299.

2) Priv. bei Lünig R.A. P. sp. C. IV. 2, 2.

3) Zöpfl S. 145. n. 11. Donandt I. S. 191 n. 296. 297. Gropp S. 405 n. 91. Warnkönig flandr. R.G. III. § 33. 34.

4) Priv. f. Limb. a. 1498 (Datt de pace publ. p. 7. nr. 78.)

die Praxis sehr gefährliche Vorstellung erscheint [1]). Allerdings lag dem sog. Richten auf Leumund ohne Zweifel die dunkle Vorstellung des Anzeigebeweises zu Grunde [2]). Allein gleichwohl mußte nach dem zweideutigen Grade der Kultur die praktische Vollziehung der betreffenden Bestimmungen gewiß nur zu oft die Gestalt eines tumultuarischen Richtens auf bloßen Verdacht [3]) annehmen, um so mehr, als dieses Richten auf Leumund in der Regel zuerst in Beziehung auf Uebelberüchtigte vorkam [4]), mit denen man es auch zuvor schon nicht genau genommen hatte. Die Unsicherheit, worin man sich in diesem Punkte befand, mag auch erklären, warum man sich mit der Ueberführung aus Anzeigen, wodurch man sich der Folter hätte überhoben sehen sollen, nicht begnügte, sondern gleichwohl auch von diesem Institute einen oft barbarischen Gebrauch machte [5]), sei es, daß man dasselbe nur einfach aus dem römischen Rechte übernahm, oder daß man darin ein Surrogat für das Gottesurtheil sah, oder daß man dazu nur durch das nächste Bedürfniß geleitet griff [6]).

Wie aber die Entwicklung des Strafverfahrens in den deutschen Städten durch ihre allgemeine Stellung zum Reich bestimmt war, so auch die ihres Strafrechts. Auch hier entwickelten sie im Kontrast zu dem Rechte des Ritterthums eine eben durch den Gegensatz oft furchtbar gesteigerte Strenge, wodurch sie sich dem aus der Landeshoheit fließenden Strafrechte näherten. Gleichwohl sträubte sich der freie Geist des Bürgerthums gegen den Zusatz hofrechtlicher Willkür, den jenes oft enthielt; ja, sie konnten umgekehrt manche Reste des in sie hereinreichenden Ritterthums nur mit Mühe von sich ausstoßen. Die unmittelbar sich aufdringende Nothwendigkeit, ein starkes territoriales Staatsprincip zu handhaben, brachte durch

---

1) Priv. f. Weissenb. a. 1431 (Lünig R.A. P. sp. Cont. IV. 2, 2. S. 619) für Nürnberg (Haltaus Gl. p. 426) f. d. Wirt. Stadtger. a. 1434. Reyscher Ges.Slg. IV. 18. Dreyer Nebenst. S. 32. 127 f. Malblank Gesch. d. P.G.O. S. 73—75. Eichhorn III. § 459.

2) v. Wächter Beitr. S. 75. 273.

3) Biener Beitr. S. 140. Donandt I. S. 179.

4) Priv. a. 1510 bei v. Wächter S. 275. 676.

5) Zöpfl S. 145. 174. n. 1. Siebenkees Mat. II. S. 547—550. 593 f.

6) Dreyer über alte Strafen S. 160—162. Gropp II. S. 404. v. Wächter S. 274. 275. Zöpfl S. 141—145. Bluntschli I. S. 406. 407. Donandt I. S. 192. 2ter Jahresber. des hist. Ver. d. Rezatkr. (1832) S. 20. Damhouder c. 37.

die Theilnahme der städtischen Räthe einen neuen Geist in die Handhabung der ganzen städtischen Strafjustiz, auch wo sie nicht unmittelbar mit dem städtischen Wesen zusammenhing. Bei ihren Schöffen fand sich mehr Bildung, bei ihren Obrigkeiten mehr Geist und Kraft, als anderswo. Sie waren genöthigt, nicht zu fragen, ob der Verbrecher ein Fremder oder Einheimischer sei, sondern zu richten, wo sie zugreifen konnten [1]. Gleichwohl verlor sich auch in den Städten der Gegensatz eines doppelten Strafrechts nicht ganz. Die eiserne Durchführung abschreckender Strafgesetze fand vorzugsweise gegen Fremde, Uebelberüchtigte oder geringere Leute Statt [2], während in der Regel die Bürger sich mancher Vortheile beim Verfahren zu erfreuen hatten [3], und bei ihnen, mindestens der einen oder andern Klasse, auch wohl noch die Vergünstigung, die Strafen mit Geld lösen zu dürfen, vorkam, woraus die Städte hie und da ein lukratives Recht für ihren Fiskus machten [4]. In der Mitte stand dann die Strafe der Stadtverweisung, womit man die Härte des Gegensatzes auszugleichen suchte. Die politische Isolirung der Städte und die Nothwendigkeit, nach innen und außen so viele dem Interesse der Gerechtigkeit fremde Rücksichten zu nehmen, gestattete ihnen nicht, ein gleichförmiges System durchzuführen. Immerhin zeigen sie aber im Ganzen das Bestreben, das Strafrecht unter den Gesichtspunkt einer Reaktion im öffentlichen Interesse zu bringen. Wenn sie daher auch noch den Unterschied von strengem und freundlichem Recht, von causae majores, minores und bloßen Freveln beibehielten [5], so ging doch die Tendenz offenbar dahin, die Klasse der Ungerichte zu erweitern, und insbesondere darunter auch solche Vergehen zu stellen, welche der Feudalstaat verwahrlost oder der Kirche überlassen hatte [6]. Z. B. Gotteslästerung, Ketzerei, Hexerei, Meineid, Bigamie, Menschenraub, Fälschung, Sodomie, Selbstmord ꝛc. Dazu diente denn als Uebergang das Institut des städtischen Frie-

1) Eichhorn III. § 433. not. b. Schannat C. dipl. p. 77. Roßhirt I. S. 148—150.

2) Bluntschli I. S. 409 n. 151. Zöpfl S. 110 n. 9.

3) Zöpfl S. 141—144.

4) Eichhorn III. § 459. n. 6. Bluntschli I. S. 409. Zöpfl S. 112. 114. 121—126.

5) Zöpfl S. 108—126.

6) Ebdas. Anh. IV. nr. 2. Zürch. Richtb. 1416 S. 7 bei Bluntschli I. S. 408. n. 145. Siebenkees Mat. III. S. 280. Thomas S. 205—207.

dens, indem man diesen oft besonders gebot, und sofort unter dem Titel seiner Verletzung eine sonst als Civilvergehen angesehene That zum Blutbannsfall stempelte [1]). Die öffentlichen Strafen waren meist grausam [2]). Die Städte mußten um ihrer Selbsterhaltung willen eben so oft in dieses Extrem, als in das entgegengesetzte, fallen. Das Strafrecht war auch bei ihnen weniger Rechts-, als Polizeisache, daher auch weniger, als das Privatrecht, Gegenstand wissenschaftlichen Nachdenkens. Die Verbrechen sind nicht definirt; ihre Begriffe sind aus der Volksmoral vorausgesetzt, und in den Gesetzen herrscht meist eine furchtbare Kürze [3]). Insbesondere finden sich die Lehren des allgemeinen Theils noch kaum entwickelt [4]). Die Hauptangelegenheit war den Städten, und mit Recht, die Verbesserung des Verfahrens. Wie aber in diesem Punkte [5]), so thaten sie sich auch im Strafrechte seit dem Ende des 15. Jahrhunderts wenigstens dadurch hervor, daß sie (vorzüglich die rheinischen und die süddeutschen Städte) dem römischen Rechte einen merklich zunehmenden Einfluß gestatteten.

So lebendig und vielseitig aber auch die deutsche Rechtsentwicklung vom 13ten Jahrhunderte an wurde, so lag doch in dem politischen Gesammtverhältnisse der Keim einer ungeheuren Krisis, der sie nicht entgehen konnte. Dabei ist ein doppelter Gesichtspunkt in's Auge zu fassen.

Einerseits war der Reichsstaat in fortwährender Auflösung begriffen, und diese Auflösung gestaltete sich zeitweise zum Zustande völliger Anarchie, theils in den Staatsverhältnissen im e. S. (s. o.), theils in den gesellschaftlichen Verhältnissen, sofern der Krieg zwischen den Elementen der Staatsgewalt von selbst auch zu einem Kampfe der Stände unter einander wurde, der sein unglückliches Ende erst im Bauernkriege fand. Andererseits kam, wie hoch man auch die stille Wirksamkeit des Volksgeistes für Erhaltung einer gleichförmigen Grundlage des Rechts anschlagen möge, denn doch eine Reihe von Ursachen zusammen, welche dem deutschen Rechte für den Fall eines

1) Bluntschli I. S. 412. 413.

2) Grimm R.A. S. 690. Siebenkees Mat. II. S. 539. 593 f. III. 278. 279. Zöpfl S. 112—121. Bluntschli I. S. 408. 409 u. 143—148. Freib. Stadtr. 1120. § 45.

3) Z. B. Bamb. Stadtr. § 136. 140—147. Vgl. Tyrol. Mal.O. § 12 f.

4) Zöpfl S. 128—130. 170.

5) Roßhirt I. S. 150. 151.

Kampfes mit einem hereindringenden fremden Rechte mehr und mehr die Widerstandsfähigkeit benahmen [1]).

In der ersten Beziehung war eine Beruhigung der Gährung nur von dem entschiedenen Siege des Princips der Landeshoheit zu erwarten, wenn auch dieser Sieg noch kein vollkommener sein, und noch nicht alle gesellschaftlichen Mißverhältnisse ausgleichen konnte. Jener Sieg lag in dem Deutlichwerden des Bewußtseins darüber, daß der Staat des Einen Reichs sich in eine Konföderation der Reichsstände umgestaltet habe. Er spricht sich in dem ewigen Landfrieden von 1495 aus [2]), sofern dieser zuerst den bisherigen Gegensatz und Widerspruch zwischen gebotenen und gelobten Landfrieden auflöste, und es als Thatsache hinstellte, daß Reichsgesetze fortan nichts Anderes, als Vereinbarungen der faktisch selbstherrlichen Reichsstände sein können. Die gebotenen Landfrieden hatten nur die gebietende kaiserliche Macht in ihrer Schwäche aufgewiesen [3]); die gelobten waren oft genug nur partikulärer Natur gewesen, und hatten dadurch den Krieg der Stände nur befördert [4]). Beiderlei Arten hatten aber nur die Einsicht grausenhaft klar machen können, daß die bisherige Vertheilung der Staatsgewalt, deren gesetzgeberische Thätigkeit das Fehderecht anerkennen mußte [5]), nichts mehr tauge, und daß man daher in die Reichsverfassung das Princip der Landeshoheit aufzunehmen habe.

Auch der ewige Landfrieden, der, wie die gelobten, alle Befehdungen ohne Ausnahme verbot, und statt eines bloßen Austrägalgerichts ein ordentliches Reichsgericht einsetzte, war nun freilich nicht im Stande, alle Uebelstände, denen er begegnen sollte, sofort auch wirklich zu tilgen [6]); seine Ewigkeit mußte mehr als 25mal neu aufgefrischt werden. Gleichwohl war in ihm das Princip der neuen Ordnung der Dinge ausgesprochen, das allmälig die widerstrebenden Elemente seiner Uebermacht unterwarf. Nur freilich zeigte sich

---

1) Eichhorn II. § 269. 270. III. § 440—444. Reyscher württ. Privatr. I. § 24—29. v. Wächter württ. P.R. I. S. 73—79.

2) N. Samml. d. R.A. II. S. 3—29. Eichhorn III. § 408. Anm. 2. Zöpfl R.G. I. S. 216.

3) N. Samml. d. R.A. I. S. 91. 225. 261. 275.

4) Eichhorn III. § 396. 401. 402. 408.

5) s. noch Reichsges. von 1438. 1442. 1486. N. Samml. d. R.A. I. 163. 171. 282.

6) R.A. 1512. N. Samml. II. S. 142. Eichhorn III. § 409.

auch alsbald die Schwierigkeit, mit dieser neuen Ordnung etwas Gemeinsames zu Stande zu bringen, sofern theils das in dem ewigen Landfrieden niedergelegte Landfriedensrecht nur einen Rahmen bildete, der erst noch ausgefüllt werden sollte, theils der Wirksamkeit des neuen Reichsgerichts die Eifersucht zwischen Kaiser und Ständen (besonders in Strafsachen) von Anfang an hindernd entgegentrat [1]). Für die Erhaltung und Fortbildung eines gemeinen deutschen Strafrechts kam sofort Alles darauf an, auf welche Weise die Ausfüllung jenes Rahmens erfolgen würde, ob durch eine mit reichsgesetzlicher Eigenschaft auftretende Vereinbarung der Reichsstände, oder durch Partikulargesetzgebung? Die Zweideutigkeit des kaum erst in's Bewußtsein getretenen Verhältnisses erlaubte vorerst noch das Erstere, so jedoch, daß der Keim des Partikularismus schon in dem Reichsgesetz selbst niedergelegt wurde [2]).

Was dagegen die zweite Beziehung betrifft, so wirkten verschiedene Ursachen zusammen, um im 15ten Jahrhundert einen Kampf zwischen dem einheimischen und einem fremden Rechte hervorzurufen, in welchem, vorerst wenigstens, das erstere zu unterliegen schien.

Als nächster Grund erscheint die geschilderte Zersplitterung der Gerichtsverfassung und die hiedurch in Verbindung mit dem fast schrankenlos freigelassenen Autonomierechte herbeigeführte Partikularisirung des Rechts selbst. Besonders war die Fortbildung des Strafrechts ganz von der Entwicklung der fürstlichen und städtischen Landeshoheit abhängig geworden. Die Abstraktion der Rechtsbücher aber hatte dieselbe in einem Stadium aufgefaßt, welches hier schon überschritten, dort noch nicht erreicht war, wenn auch immer die Grundideen in den verschiedenen Entwicklungsformen erkennbar blieben. Gerade in seiner Grundlage theilte aber das deutsche Strafrecht das Schicksal des deutschen Rechts überhaupt, daß es noch aller wissenschaftlichen Behandlung entbehrte; ja, beim Strafrechte war dieß in erhöhtem Grade der Fall, weil es mehr nur als Polizeisache angesehen wurde. Die Rechtsbücher [3]) zeigen daher nur einen geringen Fortschritt über die karolingische Periode hinaus. Sie haben noch den alten Unterschied von causae majores und minores, nur daß jene jetzt mehrere Fälle enthalten und nach Strafen an

1) **Roßhirt** I. S. 94—98.
2) In der sog. salvatorischen Klausel der P.G.O.
3) **Haeberlin**, spec. Sax. et Suev. jus crim.

Hals und Hand, oder an Haut und Haar abgetheilt sind. Die letzteren Strafen erscheinen aber in der Regel auch wieder als lösbar [1]), wenn auch nicht mehr durchaus, so daß das Schwanken des Unterschieds zwischen Friedens- und Rechtsbruch noch immer fortdauert. Was aber schon die Theorie zeigte, das war noch mehr in der Praxis der Fall, die sich nach den verschiedenen Ständeverhältnissen bequemte [2]), oder von Rücksichten geleitet wurde, die mehr polizeilicher, als rechtlicher Natur waren. Noch immer war der Begriff der Strafe von dem des Schadensersatzes nicht losgekommen. Viele Fälle, in welchen der Verlust ein unersetzlicher ist, gelten auch den Rechtsbüchern noch als Vermögensverletzungen, wie sich denn auch die Buße noch immer nach der Person des Beleidigten richtet [3]). Die Principienvermengung in den Rechtsbüchern beweist aber die noch größere Divergenz in der Auffassung, die in den Gerichten herrschen mußte, wenn diese auch nicht sonst erweislich wäre [4]). Insbesondere zeigt sich aber die geringe Ausbildung in der großentheils noch den objektiven Gesichtspunkt einseitig festhaltenden, neben dem aber gleichwohl oft auch das Entgegengesetzte kritiklos aufnehmenden Behandlung des Schuldbegriffs [5]). Zwar zeigt schon der Schwabenspiegel, unter dem Einflusse des fremden Rechts, mannigfach eine freiere Auffassung. Noch mehr geben die Rechtsbücher des 14ten Jahrhunderts, besonders das des Ruprecht von Freising, das Bestreben kund, das Strafrecht entschiedener unter den Gesichtspunkt des öffentlichen Rechts zu stellen, es auf die Landeshoheit zu gründen, der Verwirrung der princip- und kraftlosen Lokalstatute und der darüber herwuchernden, willkürlichen Praxis zu steuern, Selbsthülfe und Bußsystem noch weiter zu beschränken, den Schuldbegriff zu entwickeln, die Verbrechen besser zu klassificiren, und das Beweissystem zu reformiren. Am deutlichsten zeigen diese Richtung die Stadtrechte.

Allein abgesehen davon, daß dem bestimmteren Hervortreten dieser Tendenzen bereits der Einfluß des fremden Rechts zu Grunde lag, war der Hauptübelstand der, daß bei der unendlichen Partiku-

---

1) Gropp krim. Beitr. II. S. 345—348.
2) Zöpfl R.G. II. 1. S. 177 unten.
3) Schwäb. L.R. 176.
4) Bluntschli II. S. 49—54.
5) s. die naive Aeußerung in Schwäb. L.R. 226.

larisirung der Rechtsentwicklung die verschiedenen Gewohnheitsrechte und Gesetzgebungen auf den verschiedensten Bildungsstufen standen. Im Durchschnitt betrachtet war das Strafrecht mehr oder weniger der Willkür einer rohen und unwissenden Praxis preisgegeben. Die ungelehrten Schöffen hatten meist nur wenige geschriebene Normen, und diese beschränkten sich großentheils auf die allgemeinsten Grundzüge, meist auf die bloße Nennung des Verbrechens und einer bestimmten Strafart, alles Andere der Gewohnheit und dem eigenen Ermessen der Schöffen überlassend [1]). Unausbleiblich entstand hieraus die größte Rechtsunsicherheit und eine Menge der verschiedensten Mißbräuche, um so mehr, da zugleich der allgemeine Sittenzustand sehr gesunken war [2]). Selbst in den Städten war das Bußsystem nicht völlig verdrängt; das öffentliche Strafsystem aber trat einseitig mit dem Zwecke der Sicherung und Abschreckung hervor [3]), oder wurde die Vergeltung in der sinnlichen Form der Talion aufgefaßt [4]). Unter der polizeilichen Energie verbarg sich sehr oft Parteihaß, Aberglaube und Fanatismus [5]). Im Strafverfahren war die Reform der Städte auf halbem Wege stehen geblieben, und hatte die Tortur als wesentliches Stück des Beweissystems aufgenommen. Die Strenge der Justiz ward oft zur rücksichtslosen Ungerechtigkeit [6]). Der Aberglaube hielt selbst in hochgebildeten Städten das Bahrrecht u. dergl. aufrecht [7]). Die Viel- und Kleinstaaterei ließ keine Einheit in der Rechtspflege, und folgeweise auch in den einzelnen Ländern keine befriedigenden Anstalten zum Schutze der öffentlichen Sicherheit zu [8]), so daß man sich fast blos mit Todesstrafe und Landesverweisung zu helfen wußte, durch welche nur der Schaden dem Nachbar zugewälzt wurde. Dazu kamen unendliche Kollisionen der verschiedensten Instanzen, Streitigkeiten über den Umfang der hohen und niedern Gerichtsbarkeit, Verwirrung der

1) v. Wächter Gem. R. Deutschl. S. 117. 118. Zöpfl Bamb. Recht S. 132.

2) Roßhirt I. S. 47. 105. 106. Bluntschli I. S. 408. 409. Malblank Gesch. der P.G.O. S. 47—58.

3) Siebenkees Mat. II. S. 592 f. III. S. 278 f. Zöpfl S. 112 f.

4) Vgl. das flandr. Strafr. bei Warnkönig III.

5) Bluntschli I. 411. II. 54.

6) N. Samml. d. R.A. II. S. 46. Malblank S. 33—38.

7) Zöpfl S. 174 Not. 1.

8) Malblank S. 83—86.

Gerichtsstände [1]), Mißbrauch des Asylrechts, Mißbrauch der Folter [2]), äußerste Begünstigung der Willkür in der Strafrechtspflege [3]), — Gründe genug, um den vorhandenen Zustand jedenfalls unerträglich zu finden.

Dem so zersplitterten und eben deßhalb der wissenschaftlichen Auffassung widerstrebenden, deutschen Rechte erwuchs nun aber ein gefährlicher Nebenbuhler in dem römischen Rechte [4]), das in Italien nicht nur seit dem 10ten Jahrhundert als Nationalrecht der Einzelnen in Geltung geblieben, sondern allmälig auch als subsidiäres gemeines Recht neben dem longobardischen Volksrechte in Gebrauch gekommen war [5]), dieses aber seit dem Aufblühen der Glossatorenschule entschieden überflügelt, und besonders auch die Gunst der hohenstaufischen Kaiser gewonnen hatte [6]). Durch die Glossatoren verbreitete sich die Ansicht, daß das römische Recht als ein wahres kaiserliches Gesetzbuch zu betrachten sei [7]), welche Ansicht bald sich praktisch machte, sofern die deutschen Kaiser sich als Nachfolger Justinians betrachteten [8]), und eine allgemeine Verbindlichkeit des römischen Rechts im ganzen Umfange des römischen Reichs behauptet wurde [9]). Hatte nun solchen Ansichten schon außerhalb Deutschlands die Errichtung von Universitäten mächtigen Schwung verliehen, so blieb dasselbe auch in Deutschland nicht aus, da die deutsche Jugend erst in den lombardischen Rechtsschulen eifrig studirte, später aber die gleiche Quelle neuen Wissens auch im Vaterlande reichlich floß [10]). Noch im 12ten Jahrhundert zwar wurde das römische Recht in Deutschland nicht unmittelbar gebraucht. Allein zunächst bildete schon das kanonische Recht die Brücke für das römische, ob-

---

1) Mittermaier Strafverf. I. § 53. 54.
2) Damhouder c. 37. Malblank S. 77—82.
3) Vorr. der P.G.O. v. Wächter Symb. ad. hist. CCC. p. 8. 9.
4) Eichhorn II. § 266—269. III. § 440—444. Zöpfl II. 1. S. 84—91. 177—79. Mittermaier D. Pr.R. § 15.
5) Rescr. Conr. II. a. 1038. Pertz III. p. 40.
6) Radev. de gest. Frid. I. lib. II. c. 54. Auth. Habita C. 4, 13. 1 f. Zöpfl II. 1. S. 86 n. 8—11.
7) Chron. Ursp. bei Zöpfl II. 1. S. 85 n. 5.
8) Radev. l. c. II. 4. N. Samml. d. R.A. II. S. 28. P.G.O. Art. 117. 118. 120.
9) Otto Fris. Chron. III. Prol. Pütter Lit. d. deutschen Staatsr. I. S. 34 f.
10) Pütter a. a. O. I. S. 75.

gleich die Päpste letzteres keineswegs unbedingt anerkannten [1]). Schon um die Mitte des 13ten Jahrhunderts findet man daher viele römische Rechtssätze in süddeutsche, seit dem 14ten Jahrhundert auch in norddeutsche Rechtsdenkmäler übergegangen [2]). Seit dem 14ten Jahrhundert tritt die Ansicht, daß das römische Recht ein gemeines kaiserliches, neben den Reichsgesetzen und dem in den Rechtsbüchern bezeugten gemeinen Landrechte eo ipso anwendbares Recht sei, auch in kaiserlichen Urkunden und deutschen Reichsgesetzen mehr und mehr hervor [3]). Unzweifelhaft verbreitete sich während des 15ten Jahrhunderts die Kenntniß des fremden Rechts in Deutschland immer allgemeiner, und drang dasselbe in Gerichte und Localrechte ein [4]). Besonders waren es, neben der Begünstigung, welche die Fürsten dem römischen Rechte angedeihen ließen [5]), die Universitäten, welche den Sieg desselben vermittelten [6]). Denn durch sie bildete sich eine romanistische Rechtswissenschaft, welche mit dem ganzen Gewichte geistiger Ueberlegenheit dem verzettelten, wissenschaftlich nicht geadelten, durch keine koncentrirte, von oben her auktorisirte Rechtsquelle gehaltenen, überdieß in einer verwilderten und unbeaufsichtigten Rechtspflege verkommenden, einheimischen Rechte gegenüberstand. Dieses Moment war um so bedeutungsvoller, als sich um jene Zeit, die in Allem einen reformirten Charakter hatte, auch in Deutschland die Kenntniß des klassischen Alterthums überhaupt und der Trieb, sich in der Quelle seiner reinen Humanität zu verjüngen, verbreitete [7]). Die überlieferte Bildung einer großartigen Vergangenheit vertrat für jene Zeit die Stelle der Philosophie, für welche sie noch nicht reif war; daher wurde auch das Recht jener Vergangenheit als eine ratio scripta angesehen [8]), und die Begeisterung verschaffte ihm einen Einfluß, der weit über das

1) v. Savigny Gesch. II. S. 274. Stein III. S. 327—331. Zöpfl II. 1. S. 93. 94. n. 5—9.

2) Zöpfl S. 87—89. n. 13—15.

3) R.A. 1342. (N. Samml. I. S. 44.) Vgl. Fischer Entw. einer Gesch. d. deutsch. R. § 33. Zöpfl II. 1. S. 89 n. 16—18. Eichhorn III. § 440. Not. b. k—n. Vergl. Gesetze von 1356, bes. G.B. c. 24. v. Wächter württ. Privatr. I. S. 76 n. 4. Reyscher württ. Privatr. I. § 26. n. 2. 3. Vgl. Ders. Zeitschr. für deutsches R. IX. S. 380 f.

4) Eichhorn III. § 441. Not. e. g. v. Wächter a. a. O. S. 78. 79.

5) v. Wächter S. 76. n. 5.

6) Zöpfl II. 1. S. 90. 91.

7) L. Feuerbach Gesch. der neuern Philosophie S. 25—27.

8) Eichhorn II § 269. Not. l.

Bedürfniß hinausging. Abgesehen davon, daß das römische Recht, seiner eigenthümlichen Zusammensetzung gemäß, zwar einerseits absolutistischen, andererseits aber auch republikanischen Sympathieen, namentlich dem städtischen Interesse und dem Bedürfnisse nach Befreiung des Besitzes und des Verkehrs entgegenkam [1]), so war es jedenfalls in Beziehung auf das Strafrecht dem Bedürfnisse der Landeshoheit genehm, indem es ein auf den Grundsatz der Verfolgung der Verbrechen im öffentlichen Interesse gebautes Strafrecht darbot.

Als entscheidendes Moment für den Sieg des römischen Rechts stellt sich nun dasselbe dar, was schon in der ersten Beziehung als solches erschien, — der ewige Landfriede und die damit verbundene Einsetzung des Reichskammergerichts [2]), das nach römischem Rechte zu sprechen angewiesen wurde, und diese Anweisung treulich befolgte. Hatte das römische Recht bisher dem deutschen immer noch einen Platz neben sich gegönnt, so erfolgte von nun an eine rasche und heftige Umwälzung im geltenden Rechte. Es verbreiteten sich neue Ansichten über das Wesen des positiven Rechts überhaupt; man forderte geschriebenes Recht oder besonders bewiesene Gewohnheiten [3]), daher denn auch die Urtheile in Strafsachen nicht mehr nach der besten Ueberzeugung der Richter, sondern nach geschriebenen Normen erfolgen sollten. Die Folge war, daß die gelehrten Richter auf das als jus incertum behandelte, einheimische Recht herabsahen [4]), und die Rechtsbücher vom Ende des 15ten Jahrhunderts ab, wo sie nicht ausdrücklich als Territorialrecht eine besondere Sanktion erhielten, ihre Auktorität immer mehr einbüßten; deßgleichen, daß man eine gänzliche Umänderung der Gerichtsverfassung vornahm [5]), d. h. Stadtgerichte und höhere Landesgerichte mit gelehrten Richtern besetzte, dagegen die vorerst noch im alten Stande verbleibenden an die letzteren oder an die Juristenfakultäten verwies.

Gleichwohl machte der ewige Landfriede hier so wenig, als in

---

1) Zöpfl II. 1. S. 177.

2) N. Samml. d. R.A. II. S. 7. Harpprecht Staatsarch. d. R.K.G. I. S. 88. 91. II. S. 79. Eichhorn III. § 442. Bluntschli I. S. 319.

3) Württ. Hof=G.O. (Reyscher IV. 108.)

4) Petr. ab Andl. bei Zöpfl II. 1. S. 180 Not 2—4.

5) Württ. L.R. von 1555 und 1567. Reyscher württ. Privatr. I. § 27. n. 4. Sächs. V.O. von 1432 bei Günther das Priv. de non app. d. Hauf. Sachs. S. 26. Harpprecht a. a. O. V. S. 256.

der ersten Beziehung, einen vollkommenen Abschluß. Ausgesprochen war nun allerdings die Unentbehrlichkeit des römischen Rechts für Deutschland. Es war nicht mehr blos als Gewohnheitsrecht, sondern auch reichsgesetzlich [1]) ausdrücklich als gemeines deutsches Recht erklärt. Auch wurde der Sieg vorerst in's Extrem verfolgt, indem weder Theoretiker, noch Praktiker jener Zeit Kritik genug besaßen, um die wahre Grenze zwischen der Anwendbarkeit des einheimischen und des fremden Rechts aufzufinden [2]), worüber die lebendige Kenntniß des ersteren mehr und mehr in's Versiegen kam. Sehr natürlich war es daher, daß sich gegen die unbedingt romanisirende Tendenz eine volksmäßige Opposition erhob [3]), die freilich gegen die wissenschaftliche Uebermacht vorerst aus dem Felde weichen mußte. Aus dem kosmopolitischen Aufschwellen des deutschen Volksgeistes war das Bedürfniß hervorgegangen, das Recht des klassischen Alterthums und der allgemeinen christlichen Kirche aufzunehmen. Erst die — noch jetzt in der Lösung begriffene — Aufgabe einer wissenschaftlich reiferen Folgezeit konnte es werden, jene Einseitigkeit wieder zu mäßigen und in allen denjenigen Gebieten, worin der germanische Geist über den antiken hinausgeschritten ist, wie Familie, Staat 2c., dem nationalen Rechte die gebührende Geltung wieder zu verschaffen [4]).

Auch im Strafrechte war es übrigens keineswegs das reine römische Recht, was man vor Augen hatte, sondern dieses Recht, wie es als lebendiges jus commune, verschmolzen mit dem kanonischen und mit städtischem Statutarrechte germanischen Ursprungs in der italienischen Doktrin und Praxis sich gestaltet hatte [5]). Gerade der Niederschlag germanischer Rechtsanschauungen in den italienischen Städtestatuten, und die Geschicklichkeit, womit die dortigen Juristen dieses Statutarrecht mit dem gemeinen zu verbinden wuß-

---

1) v. Wächter gem. R. S. 27—29. 180—183. 199—201 und Meister ib. cit.

2) Zöpfl II. S. 188 n. 4—6. Mein Art. in den Monatsbl. zur A. Allg. Zeit. Mai 1846.

3) Hagen hist. Abh. zur deutsch. Gesch. S. 183. 193 f. Geist der Reform I. S. 334 f. Oechsle Bauernkrieg S. 153. 283. Eichhorn III. § 408. Anm. 1. Zöpfl II. 1. S. 178 n. 1. S. 184—188.

4) s. bes. Reyscher Zeitschr. f. deutsch. R. IX. S. 337—410.

5) Gans Erbrecht III. S. 231 f. Mittermaier Strafverf. I. § 15 f. Roßhirt I. S. 34—42. 168—170. 203—215.

ten, war für das deutsche Recht um so wichtiger [1]), je kritikloser und fanatischer man in Deutschland Anstalt machte, dem fremden Rechte alle volksthümliche Errungenschaft aufzuopfern. Schon die Glossatoren, die Scribenten und ihre Nachfolger beschäftigten sich regelmäßig auch mit dem Strafrecht [2]), — die Kanonisten wenigstens mit dem kirchlichen und mit dem Proceß [3]). Speciell mit dem Strafrecht beschäftigten sich meist die Praktiker in großen Städten [4]). Die Schriften dieser Männer wurden aber infolge des lebhaften Verkehrs mit Italien auch in Deutschland bekannt und ein Gegenstand eifrigen Studiums.

Indessen war ihr Einfluß auf deutsche Bestrebungen kein gleichförmiger. Namentlich zeigten gesetzgeberische Arbeiten ihnen gegenüber weit mehr nationales Selbstbewußtsein, als die eben noch in den Windeln liegende Doktrin [5]). Was zunächst diese betrifft, so lag es in der Natur der Rhetoriken und Formularbücher [6]), daß sie sich mit dem Strafrecht nur wenig befaßten. Wo sie dieß thun, da romanisiren sie nach Kräften, während sie sich im Privatrechte noch mehr an deutsches Recht halten. Um so mehr wurde das Strafrecht Gegenstand der Darstellung in dem unter Seb. Brandt's Namen herausgekommenen richterlichen Klagspiegel [7]), und in Ulr. Tengler's Laienspiegel [8]). Beide Schriften, die bald eine Reihe von Nachahmungen hervorriefen, haben vergleichungsweise ihr Verdienst, indem sie wenigstens den Zweck erreichten, das praktisch anwendbare römische Recht in populär faßlicher Weise möglichst allgemein bekannt zu machen. Freilich verbreiteten sie aber nicht nur das Brauchbare, sondern auch das Unbrauchbare, das dann auf Kosten des einheimischen Rechts doch in Gebrauch kam, und

---

1) Vgl. v. Wächter gem. R. Deutschl. S. 68. 72.

2) v. Savigny Gesch. d. R.R. im M.A. Biener Beitr. S. 78—119. Roßhirt I. S. 204. 205. Zöpfl II. 1. S. 179 n. 6—8.

3) Zöpfl S. 96 n. 17. Roßhirt I. S. 206.

4) Roßhirt I. S. 208—215.

5) v. Wächter gem. R. S. 67—73.

6) Senkenb. Meth. p. 146 vision. p. 113 seq. Eichhorn III. § 443. Zöpfl II. 1. S. 181 n. 5. 6. Malblank § 22.

7) Adrian in Lindes Zeitschr. n. f. l. S. 425 f. Zöpfl II. 1. S. 181 n. 7. 8.

8) Eichhorn III. § 443. Not. S. 9. Zöpfl S. 183 n. 13—15. Feuerbach Bibl. II. 146 f. Malblank § 23. 24. Roßhirt I. S. 230—234.

zwar auf eine Weise, wie sie die Wissenschaft in ihren ersten Anfängen charakterisirt.

Weniger sklavisch gegen das fremde Recht zeigten sich die gesetzgeberischen Arbeiten, welche demselben Bedürfnisse entsprangen, der Verwirrung abzuhelfen, wie sie durch das Eindringen des fremden Rechts nothwendig entstehen mußte. Doch ist es wohl nicht richtig, wenn darin [1]) eine Opposition gegen das römische Recht gefunden werden will. Das Bewußtsein, daß dieses einer andern Zeit und Volksthümlichkeit, ja einer völlig andern Weltanschauung angehöre, daher nicht unmittelbar auf den gegenwärtigen Zustand und das deutsche Volksleben übergetragen werden könne, fehlte jener Zeit im Ganzen durchaus [2]), wenn auch einzelne tieferblickende Männer es hatten und aussprachen [3]). Am wenigsten darf die mehrfach schon an Maximilian I. gerichtete Aufforderung, beziehungsweise der darauf gefaßte Plan [4]) zu einer allgemeinen Reichsgesetzgebung in jenem Sinne aufgefaßt werden. Denn es zeugt von einer sehr niedrigen Auffassung der Aufgabe, wenn der Vorschlag gemacht wurde, der Kaiser möge das römische Recht in einen Auszug bringen lassen, und dann alles Schreiben über das neue kaiserliche Recht verbieten, — oder wenn der Plan deßwegen wieder aufgegeben wurde, weil man dafür hielt, daß er durch die Laienspiegel schon ausgeführt sei. Was zur Kodifikation antrieb, war nur theils die Nothwendigkeit, einem und dem andern deutschen Rechtsinstitute, das nun einmal in der Praxis feststand, gesetzliche Geltung zu verschaffen, und überhaupt die Grenzen der Anwendbarkeit des fremden Rechts zu stecken, welche die Wissenschaft nicht aufzufinden vermochte, theils das Bedürfniß, Kenntniß und Verständniß des römischen Rechts zu erleichtern und für die Anwendung die gelehrten Streitfragen möglichst abzuschneiden. Alle hierher gehörigen Gesetzgebungen haben daher die unbestrittene Voraussetzung der Anwendbarkeit des römischen Rechts im Ganzen gemein, so daß es nur da nicht eintreten soll, wo es ausdrücklich ausgeschlossen sei. Größtentheils sind sie denn auch aus dem römischen Rechte

1) Z. B. von Zöpfl II. 1. S. 191 f.

2) In Beziehung auf das Strafverfahren ist es noch jetzt nicht allgemein durchgedrungen. Doch!! 12. März 1848.

3) Zöpfl II. 1. S. 178 n. 1.

4) Eichhorn III. § 444. Not. f. g. Vgl. Reyscher Zeitschr. für deutsches Recht IX. S. 344.

geschöpft, und wollten aus ihm interpretirt sein [1]). Zu demselben gehören theils allgemeine, die sich vorzugsweise mit dem Privatrecht befassen, aber meist auch ausführliche strafrechtliche Bestimmungen enthalten, theils Stadtrechte, theils Landrechte [2]), — theils besondere Gesetzgebungen für Strafrecht und Proceß, wie die Tyroler Malefizordnung u. a.

Allein diese Gesetzgebungen, so sehr sie von einander borgten, und alle zusammen das fremde Recht ausbeuteten, so wenig sie partikularistisch zu sein strebten und glaubten, waren dieß doch, oder legten wenigstens den Keim zu neuer Partikularisation. Ja gerade mit den Fortschritten, die sie machten, setzten sie sich nur noch in schärferen Kontrast mit dem Rechte anderer Gebiete. Der Hauptübelstand der Zerrissenheit des Rechts war also dadurch keineswegs aufgehoben. Ebensowenig konnten jene, formell doch immer nur lokalrechtlichen, Gesetzgebungen dazu dienen, den Streit über die Grenzen der Anwendbarkeit des fremden Rechts befriedigend zu schlichten, um so weniger, als sie, sofern sie das einheimische Recht in Schutz nahmen, die überall auf gleiche Weise eifernde Wissenschaft gegen sich hatten.

Es war jedoch eine gemeingültige Entscheidung dieses Streits, überhaupt Gleichförmigkeit des Rechts in keinem Rechtstheile größeres Bedürfniß, als im Strafrechte, dessen Energie durch Zersplitterung der Gerichte im höchsten Grade gelähmt wurde. Wenn irgendwo, so mußte hier der Mißstand, der aus der Auflösung des mittelalterlichen Staates und den damit verbundenen Gährungen folgte, mit dem Gefühl der Unerträglichkeit zum Bewußtsein kommen. In der That wurden denn auch gegen das Ende des 15ten Jahrhundert die Klagen und Forderungen [3]) immer lauter, als deren Resultat sofort i. J. 1532 die peinliche Gerichtsordnung K. Karls V. hervortrat.

---

1) Zöpfl II. 1. S. 193. 194.

2) v. Wächter gem. R. S. 39 f.

3) Harpprecht Staatsarchiv II. Beil. nr. 111. 180. III. Beil. nr. 236. 242—244. IV. 2. Beil. nr. 338. N. Samml. d. R.A. II. S. 46. 206. 292. 321. 360. Malblank S. 172—190. v. Wächter Symb. ad. hist. CCC.

3. Die Karolina und ihre Zeit.

Die Meinung [1]), wornach die Bambergensis und die Karolina einen unter Max I. verfaßten Entwurf zur Quelle haben sollen, ist als widerlegt zu betrachten [2]), und vielmehr anzunehmen, daß die von dem Freiherrn Johann von Schwarzenberg und Hohenlandsberg verfaßte [3]) und 1507 erlassene bambergische Halsgerichts-Ordnung die Quelle der P.G.O. Karls V. ist.

Schwarzenberg [4]), ein ebenso heller, als kräftiger, durch das Studium der Alten erleuchteter und gestählter, in der Schule des Lebens gewitzigter, in der Hingebung an die Reformation bewährter Geist, in Arbeitsamkeit ausgezeichnet, in Geschäften vielerfahren, bei großer Gelehrsamkeit natürlichem Scharfsinn und Geschmack nicht entfremdet, mit ritterlicher Lebensart und Hofleben wohl vertraut, aber von keinem Standesgeist verblendet, durch tiefstes Verständniß seiner Zeit über ihr stehend, war nach allen Seiten hin dazu ausgestattet, das rechte Organ für die im Bedürfniß des Jahrhunderts liegende Reform des peinlichen Rechts und Verfahrens zu werden.

Als bambergischer Hofmeister verfaßte er, während auf dem Reichstage mit der dringend verlangten Gesetzgebung fortwährend gezögert wurde, unter Bischof Georg eine Halsgerichtsordnung für die bambergischen Lande [5]). Das Bedürfniß rechtsgelehrter Gerichte an der Stelle der immer unzureichender werdenden Schöffen-Verfassung war schon seit der Mitte des 15. Jahrhunderts fühlbar

---

1) bes. Kress Comment. in der Vorr. (früher schon Goldast, Hoffmann, Leyser).

2) Böhmer Vorr. z. seinem Komm. S. IV—IX. Gerstlacher C. J. Germ. p. 326 f. Malblank S. 190—196. Vgl. Birnbaum im N.Arch. XII. nr. 14. Wächter Symb. ad hist. CCC.

3) Zweifel dagegen bei Walch Gloss. introd. vgl. Roßhirt Lehrb. § 4. n. 2. Ders. im N.Arch. IX. nr. 10. Gesch. u. Syst. I. S. 235.

4) s. über ihn und seine Schriften Malblank S. 112—134. Die weitere Liter. bei Böhmer Hdb. der Lit. des Krim.R. §. 16. Kappler Hdb. des Krim.Rs. § 9. und Herrmann Joh. Freih. v. Schwarzenberg. Zöpfl in v. Jagemanns Ztschr. I. nr. 8. S. 133. Ranke deutsche Gesch. im Zeitalter der Ref. II. S. 54. vgl. auch Henke Gesch. II. S. 18—131.

5) Malblank S. 135—171. Roßhirt Beiträge zum Röm.R. u. Röm. Deutsch. Krim.R. H. 1. S. 111 ff. Ders. Gesch. u. Syst. I. S. 237—242. Walch Gloss. Introd. S. 39 ff.

geworden [1]). Die Erfüllung dieses Bedürfnisses lag in bischöflichen Landen näher, als anderswo, da man hier das Muster der geistlichen Gerichte zur Hand hatte. Im Bisthum Bamberg hatte noch eben (i. J. 1491) die Domdechanei eine eigene Gerichtsordnung in deutscher Sprache erhalten [2]). Das Hofgericht (über Vasallen und Ministerialen unter Vorsitz des Hofmeisters) war seit dem 15ten Jahrhundert neben den Mannen mit fürstlichen Räthen besetzt [3]). Auch das Landgericht wurde i. J. 1503 reformirt, nachdem es im 14ten und 15ten Jahrhundert verfallen und die peinliche Gerichtsbarkeit, wo es sich nicht um einen Angeklagten rittermäßigen Standes oder um einen Inzichtprozeß oder um eine Klage wegen verweigerter wie verzögerter Justiz handelte, ganz an das mit gemeinfreien Schöffen (frommen Bürgern und Landleuten) besetzte Centgericht gekommen war [4]). Jetzt wurde es aber wieder hergestellt und neu organisirt (weil über Kriminalsachen des Adels das Hofgericht nicht sprechen konnte, und ebensowenig das Centgericht); infolge davon wurde aber das Centgericht in die Stellung einer niederen, bloß zur Voruntersuchung zuständigen Behörde gedrängt, während das Erkenntniß in Kriminalsachen dem Landgerichte übertragen wurde. Das Landgericht wurde hiernach ordentliches Gericht in (bürgerlichen und) Strafsachen für das ganze Bisthum; nur geringe und unbedeutende Sachen wurden zunächst vor niedere Behörden (besonders das Stadtgericht) verwiesen, und nur für den Fall wieder beim Landgerichte zugelassen, wenn dem Kläger von jenen nicht zu seinem Rechte verholfen wäre [5]). Das Landgericht sollte nach der L.G.O. 1503 adeliche Beisitzer (darunter den Anleiter und Inzichter, der die Vornahme der Tortur zu leiten hatte) und zwei Beisitzer aus den Geschlechtern, in verwickelten Sachen aber das Recht haben: auf die Zuordnung fürstlicher Räthe, Amtleute und anderer Edelleute anzutragen. Auch sollten in allen zweifelhaften Sachen die

---

1) Petr. ab Andlo. de imp. Rom. Germ. II. 16.

2) Roßhirt I. S. 237. J. J. 1508 erschien eine Reformatio jud. decan. Zöpfl. Bamb.R. § 4. 26.

3) Die Hof=G.O. 1497 spricht sogar nur von Räthen. Zöpfl S. 88. 89. not. 3. 6.

4) Dem Rechte nach konnte freilich das Landgericht auch gegen die Verbrechen der Gemeinfreien einschreiten, es geschah aber nicht. Zöpfl S. 96—99. vgl. S. 83—85.

5) Zöpfl S. 85. 95. 96. 99.

Akten an Juristenfakultäten versendet werden, und das Verfahren durchaus schriftlich sein.

Hieraus erhellt, daß die Bambergensis keineswegs [1]) bloß für Stadt- und Centgericht, für ungelehrte Schöffen, bestimmt sein konnte, wenngleich allerdings die Belehrung ungelehrter Schöffen und die Hebung des Instituts mit ein Hauptzweck sein mußte. Schwarzenberg klagt freilich zunächst nur über sie, aber ohne Zweifel meinte er mit seinen Klagen nicht weniger die Beisitzer der Landgerichte [2]), und die Halsger.-O. war ja der Natur der Sache nach in den wesentlichsten Punkten eine Anleitung gerade für die letzteren. So sehr er aber von dem Verfall des Schöffeninstituts überhaupt überzeugt war, so unterschied er sich doch von seinen Zeitgenossen gerade darin, daß er dieses Erbstück des altgermanischen Rechtslebens nicht ausrotten, sondern es durch Herstellung einer Wechselwirkung zwischen Wissenschaft und Praxis neu beleben und befruchten wollte, ein Bestreben, das wiederum nicht blos auf die niedern Gerichte gehen konnte, sondern alle im Auge haben mußte. Nur freilich wählte er ein Mittel, das dem Zwecke nicht entsprechen konnte, da, bei dem ungemeinen Abstand zwischen der Kulturstufe des fremden und des einheimischen Rechts, sowie der Organe beider, nothwendig das Schöffeninstitut in immer größere Abhängigkeit vom Juristenstande kommen und einer Prostitution entgegengehen mußte, die zu seiner völligen Ertödtung führte [3]).

Im J. 1516 wurde das Werk Schwarzenberg's auch in den fränkischen Ländern der Markgrafen von Brandenburg und Burggrafen von Nürnberg als Brandenburgische H.G.O. publicirt [4]). Es sollte jedoch noch ein weit größeres Geschick haben. Als auf dem Reichstag v. 1521 die Erlassung eines Reichsstrafgesetzes abermals dringend zur Sprache kam, und eine Kommission zur Entwerfung

---

1) wie besonders Roßhirt es zu behaupten liebt. I. S. 147. 237 und sonst.

2) Wächter Gem. Recht. S. 20 deutet dieß auch an.

3) Da eine Umgestaltung der Schöffen zu Geschworenen zu Schwarzenbergs Zeit aus verschiedenen Gründen nicht mehr möglich war, so blieb ihm freilich nichts übrig, als einen Weg einzuschlagen, der, troß aller guten Absichten, nothwendig vorerst zu einem Abbruch des nationalen Entwicklungsgangs führen mußte. Unsre Zeit hat den zweiten Theil der Aufgabe zu erfüllen. Aber wo ist ihr Schwarzenberg?

4) Roßhirt Beitr. S. 124 ff. und im N.Arch. IX. S. 245. **Abegg** Symb. p. 4. sq.

eines Projekts niedergesetzt wurde, so hatte sich die Bambergensis dergestalt empfohlen, daß sie dem Entwurf der Kommission ganz zu Grunde gelegt, oder vielmehr geradezu als solcher vorgelegt wurde. Freilich brauchte es noch elf Jahre, bis die Reichsfürsten sich gehörig verklausulirt hatten, und, nachdem 1529 ein zweites Projekt vorgelegt worden war [1]) (1528 war Schwarzenberg gest.), die Annahme des im Wesentlichen ganz die Bamberg. wiedergebenden Reichsgesetzes erfolgte [2]).

Von den verschiedenartigen Meinungen über besondere Quellen, aus welchen die Bamberg. (mithin auch die CCC.) geschöpft sein soll, sind wohl am entschiedensten diejenigen zu verwerfen, welche den Laienspiegel des Ulr. Tengler [3]), oder gar Torquemada's Instruktion für die Ketzerinquisition [4]) (1484. 1488) zu ihrer Quelle machen. Im Uebrigen sind als solche Quellen behauptet: Die Tyroler Malef.-O. [5]) von 1499, resp. die Radolfzeller H.G.O. von 1506 [6]), die Wormser Reformation von 1498 [7]), das Recht der Stadt Nürnberg [8]), das Rechtsbuch Ruprechts von Freisingen [9]) — u. a. [10]).

Es scheint nun aber ebenso verfehlt, einerseits der Bambergensis geradezu die eine oder die andere dieser Arbeiten zur Quelle zu geben, als eigensinnig auf eine abstrakte Originalität ihres Verf. zu pochen.

---

1) s. die beiden Projekte bei Kress Comm., sowie in den Ausg. der CCC von R. Schmid, 1835 u. Zöpfl 1841 (eben in diesen Ausg. auch Abdrücke der Bamb. n. Brandenburg.).

2) Ueber die ältesten Ausg. der P.G.O. s. Wächter Lb. I. § 11. not. 36. Schmid in der Vorr. Kappler Hdb. der Lit. d. Krim.-Rechts. § 8.

3) Dagegen s. Malblank S. 108. Feuerbach in der Bibl. II. S. 146—162.

4) so Gerstäcker im N.Arch. VII. S. 367—462 (u. Progr. v. 1837). Dagegen Biener Beitr. S. 151. u. ders. üb. die neueren Vorschläge (aus der Zeitschr. f. gesch. R.W. XII. 1) S. 123.

5) bes. v. Wendt bair. Annal. 1834. nr. 137—152. vgl. Martin Lb. § 2. not. 6., dagegen bes. Roßhirt Beitr. S. 111 ff. Gesch. u. Syst. I. S. 199—201. 242.

6) vgl. Mittermaier im N.Arch. IX. S. 46. 1836. S. 319, dagegen Roßhirt Gesch. u. Syst. I. S. 221. vgl. Wächter Symb. ad hist. CCC.

7) Mittermaier im N.Arch. IX. S. 57. dagegen Roßhirt Gesch. u. Syst. I. S. 242.

8) Malblank S. 33. 143. Roßhirt Gesch. u. Syst. I. S. 146—148. Dagegen Zöpfl Bamb.R. S. 144. 145. 173—175.

9) Mittermaier Note z. Feuerb. § 226. Zöpfl a. a. O. S. 177—181.

10) Birnbaum im N.Arch. XII. nr. 14.

Am richtigsten wird man, wenn irgend eine, das Bamberger Stadtrecht als Quelle der Bambergensis anzusehen haben, auch dieses jedoch als eine mit großer Freiheit behandelte [1]). Es weisen aber außerdem bestimmte Spuren darauf hin, daß Schwarzenberg auch andere Stadt- und Landrechte kannte und mehr oder weniger benützte [2]), und es ist dies so wenig ein Abbruch an seinem Verdienste, daß dies vielmehr eben durch dieses Studium der Kriminalrechte anderer Länder nur noch vergrößert wird [3]); nicht einmal seine Originalität verliert dadurch, da, wie Zöpfl treffend sagt, jene Quellen ihm zunächst nur ein Bild des Rechtszustandes seiner Zeit geben, welcher eben zu reformiren war. Sie verliert aber selbst dann nichts, wenn er wirklich einzelne Bestimmungen, ja das Princip für eine ganze Lehre aus solchen Quellen nahm und selbstständig verarbeitete [4]), weil die wahre Schöpferkraft nicht in der Erfindung nagelneuer Dinge, sondern gerade in dem sichern und klaren Aussprechen Dessen, was der ganzen Zeit auf der Zunge liegt, sich bewährt.

Ohne Zweifel steht daher die Bambergensis keineswegs vereinzelt da, sondern gehört als Glied in eine ganze Kette von Erscheinungen, welche im Wesentlichen denselben Zweck hatten: in dem Konflikte zwischen dem fremden und dem einheimischen Rechte auszuhelfen; ja sie hat ohne Zweifel aus diesen verwandten Erscheinungen mehr oder minder Stoff, Belehrung oder sonstigen Gewinn gezogen. Ihr außerordentliches Verdienst besteht aber gerade in der Art und Weise, wie sie den allen gemeinsamen Zweck allein im rechten Maaße zu realisiren [5]) und aus fremdem und einheimischem Rechte ein neues harmonisches Ganze zu gestalten wußte, bei welchem die Resultate der Schule und des Lebens gleichmäßig zu ihrem Rechte kamen, und „das neue Geschöpf eine Fortbildungsfähigkeit erhielt, die in den Annalen der Gesetzgebung fast ohne Beispiel ist.“ Die Fähigkeit des Verf. hiezu war aber ohne Zweifel nicht nur

1) Zöpfl a. a. O. S. 165—173.

2) Von der Tyrol. u. der Worms. Ref., sowie von Rupr. v. Freisingen gibt dieß Zöpfl zu; ohne Grund läugnet er es wohl vom Nürnberger Recht.

3) s. auch Zöpfl S. 105. 106. 181.

4) Beisp. aus der Tyroliensis und der Wormser Ref. bei Zöpfl S. 162—165. 175—177. Noch mehr mußte es in Beziehung auf das einheimische Bamb. Recht der Fall sein. Ebend. S. 165—173.

5) vgl. Eichhorn R.G. III. § 459. **Abegg** Symb. ad hist. jur. crim. liter. 1843. p. 2.

durch seine natürliche Genialität und seinen Reichthum an Lebenserfahrung, sondern ganz vorzüglich auch durch sein eifriges und weise benütztes Studium des klassischen Alterthums [1]) bedingt, welches ihn vor Allem Maaß halten lehren und seinen Blick für den gesunden Kern der eigenen Nationalität schärfen mußte. Das fremde Recht selbst wurde ihm aber ohne Zweifel auf die gleiche Weise wie den Laienspieglern, d. h. durch die gleichzeitigen italienischen Schriftsteller vermittelt [2]).

Auch über Zweck und Bedeutung der P.G.O. sind verschiedenartige Ansichten aufgestellt, sofern nach der einen [3]) dieselbe nur ein populärer Rechtskatechismus für die ungebildeten Schöffen der niedern Gerichte, dagegen für Verbrechen der nicht einem besondern Stadt- oder Vogtgerichte unterworfenen Personen gar nicht berechnet sein sollte; nach der andern [4]) aber die P.G.O. als ein wirkliches, allgemein verbindliches Reichsgesetz anzusehen ist. Die Richtigkeit der letztern Ansicht wird durch die vorausgegangenen Reichsverhandlungen und deren Veranlassungen, sowie durch den klaren Wortlaut des Publikationspatents hinlänglich bewiesen. Allerdings sollte das Rechtsbuch auch den Schöffen der niedern Gerichte zugänglich sein, nur daß diesen in allen feineren und schwierigeren Punkten die gelehrte Jurisprudenz und die höhere Bildung der Obergerichte zum vermittelnden Organ gegeben werden sollte, was um so leichter geschehen konnte, je mehr durch die von der P.G.O. eingeführten Neuerungen im Processe dieser nothwendig fast ganz in die Hände der gelehrten Richter kommen mußte. Ihre Stellung zum Territorialrechte war aber keineswegs, wie die erste Ansicht annimmt [5]), eine fast selbstlose, der Willkür der Landesherrn Alles überlassende. Vielmehr ließ sie zwar allerdings das Partikularrecht insoweit neben sich fortgelten, als es neben ihren absolut

---

1) Malblank S. 143. Eichhorn a. a. O. a. E. Roßhirt Gesch. u. Syst. I. S. 229. 239. Mit Unrecht hält sich darüber auf Zöpfl a. a. O. S. 176.

2) Roßhirt Gesch. u. Syst. I. S. 198. Mittermaier Strafverf. I. § 17.

3) bes. Roßhirt a. a. O. S. 244—248. 287 u. sonst. vgl. Biener Beitr. zur Gesch. d. Inquis.pr. S. 150. 151. Marezoll Lb. S. 24. Luden Hdb. I. S. 89. Mittermaier Strafverf. I. § 17.

4) Wächter Gem. Recht. S. 19—22.

5) s. bes. Klenze Lehrb. S. XIX.

gebietenden Grundsätzen [1]) fortbestehen konnte; aber eben die letztern sollten auch absolutes, nicht bloß subsidiäres Recht, daher denn auch ein, diesen entgegenstehendes Particularrecht schlechthin ungültig sein. Nur dies ist der Sinn der sogen. salvatorischen Klausel, vermöge deren die Territorialgesetzgebungen allerdings das Reichsgesetz in manchen Punkten ausschließen konnten. Soweit sie dies aber nicht durften, oder zwar durften, aber nicht thaten, galt die P.G.O. in den betreffenden Ländern von selbst, wie jedes andere Reichsgesetz [2]).

Allerdings wollte aber die P.G.O. kein Strafkoder im neueren Sinn sein, indem sie sich im Wesentlichen auf die Verbrechen beschränkt, deren Strafen an Hals und Hand gehen [3]), ferner auf eine Reihe anderer eingreifender Rechtsquellen (röm. Recht und Particularrecht in dem angegebenen Umfang) verweist, besonders aber indem sie die Entwicklung des Rechts nicht bannen will, vielmehr durch die fortlaufende Verweisung auf die lebendige Rechtswissenschaft ihre Perfektibilität selbst ausspricht [4]). Sie wollte nicht neues Recht schaffen, sondern in der Gährung ihrer Zeit eine gemeinrechtliche Grundlage erhalten, indem sie einerseits dem reformatorischen Bedürfnisse der Zeit huldigte, aus welchem die Reception des römischen Rechts hervorgegangen war, andrerseits aber von dem gesunden Kerne des einheimischen Rechts soviel als möglich zu retten suchte [5]). Insbesondere kann die Anerkennung der Reception des römischen Rechts, als einer zu ihrer Zeit schon vollendeten Thatsache, in der P.G.O. keinem gegründeten Zweifel unterliegen [6]). Der Beweis davon liegt, abgesehen von dem, was im vor. Kap. für die Reception des römischen Rechts im Allgemeinen angeführt wurde, in Aussprüchen der P.G.O. selbst, so besonders in Art. 104. 105, und in ihrem Verfahren, das hie und da eine übertriebene Sklaverei

---

1) z. B. Art. 61. 104. 105. 135. 140. 204. 218.

2) Wächter Gem. Recht. S. 30. 31. vgl. Zachariä D. Staats- und Bundesrecht I. S. 68.

3) Roßhirt Gesch. u. Syst. I. S. 241. Geringere Vergehen u. Strafen sind nur des Zusammenhangs halber eingereiht. ebend. S. 267. 268.

4) ebend. S. 249.

5) Wächter Gem. Recht. S. 22. 23.

6) ebend. S. 25—29, gegen Jarke Hdb. I. S. 47. Das röm. Recht, u. besonders seine Verarbeitung durch die ital. Jurisprudenz beherrschte das wissenschaftliche Bewußtsein der Zeit, und war überall schon in Territorialrechte und in die Gerichtspraxis eingedrungen.

vor dem römischen Rechte zeigt [1]). Allein der hohe Vorzug der P.G.O. vor ähnlichen legislativen und wissenschaftlichen Arbeiten ihrer Zeit besteht gerade darin, daß sie von dem romanisirenden Fanatismus ihrer Zeit sich frei zu erhalten und sowohl in den allgemeinen Grundsätzen, als bei einzelnen Verbrechen das deutsche Element festzuhalten wußte [2]). Ja, sie that noch mehr: sie ging gerade in den allgemeinen Grundsätzen, insonderheit in der Entwicklung des Schuldbegriffs, sowohl über das römische, als das bisherige deutsche Recht hinaus, und vermittelte, unterstützt durch die italienische Jurisprudenz [3]), beide Rechte zu einem neuen eigenthümlichen Ganzen. Eben hierin liegt ihre Freiheit von dem Banne ihrer Zeit. Sie vindicirte zugleich das Strafrecht vollständig dem Staat, indem sie hauptsächlich dazu wirkte, das Bußsystem und die Sitte der gütlichen Abfindung zu verbannen. Obgleich sie noch auf dem Standpunkte des Polizeistaats stand und deßhalb insonderheit dem Zweck der Abschreckung noch huldigte [4]), so ist ihr doch das Bewußtsein von der an und für sich seienden Nothwendigkeit des Strafrechts um der Gerechtigkeit willen nicht abzusprechen [5]).

Durch die P.G.O. wurde mithin ein Anhaltspunkt für die Erhaltung und Weiterbildung eines gemeinsamen Rechtes in Deutschland gegeben. Die Grundlage dieses gemeinen Rechts sollte das aus den Statuten und Gewohnheiten noch brauchbare (durch die CCC. nicht als Mißbrauch bezeichnete) deutsche Element, daneben das römische Recht, und die von der P.G.O. angebahnte Vermittlung beider Bestandtheile bilden, deren weitere Entwicklung das Gesetzbuch dem Gerichtsgebrauch und der Wissenschaft, die auf ihrem Fundamente weiter bauen sollten, überließ.

---

1) Bsple. Art. 117. 118. 120—122. vgl. Wächter Abh. I. S. 153. Gem. R. S. 26. not. 19. Roßhirt I. S. 271.

2) Wächter Gem. Recht. S. 69. 70. Roßhirt I. S. 198. Bsple: Lehre vom dolus, vom Versuch, von der Theilnahme am Verbrechen, vom Diebstahl, von der Nothzucht ꝛc. vgl. Roßhirt I. S. 274—276.

3) Mit Unrecht macht Roßhirt I. S. 250 c. in diesen Punkten die ital. Jurisprudenz geradezu zur Quelle der P.G.O. vgl. dens. S. 267—277.

4) Keineswegs ausschließlich, da sie vielmehr hier im Vergleich mit dem Geiste ihrer Zeit vielfach zu mildern suchte. z. B. Art. 131. 158 ꝛc.

5) Meine Neue Revis. § 184. Anm. S. 682.

4. Geschichte der neueren Zeit.

Die Landeshoheit wurde in ihrer, die Einheit des Reichs beeinträchtigenden und allmälig faktisch auflösenden Wirksamkeit vornämlich gefördert durch die infolge der Kirchenreformation entstandene und durch den Westphälischen Frieden befestigte Religionstrennung [1]). Die Reichsgesetzgebung drehte sich seit dem Anfang des 16. Jahrhunderts vornämlich nur um die nähere Bestimmung des Verhältnisses zwischen Kaiser und Reichsständen, wobei die Gewalt des ersteren in immer engere Grenzen eingeschränkt, und der Begriff der kaiserlichen Machtvollkommenheit mehr und mehr zum Schattenbilde, dagegen für die Reichsstände mehr und mehr der Grundsatz herrschend wurde, daß der Landesherr in seinem Lande die Rechte des Kaisers habe. Der westphälische Friede erklärte [2]) das Reich in der That für eine bloße Konföderation, über welche Kaiser und Reich nur bestimmte, ihnen übertragene, Oberherrschaftsrechte auszuüben habe. Während mithin fast das ganze bürgerliche Recht lediglich der Landesgesetzgebung überlassen wurde, während für die wichtigsten allgemeinen Angelegenheiten, wie namentlich den Handel, von Kaiser und Reich keine oder nur eine verderbliche Thätigkeit entwickelt wurde [3]), beschäftigte sich der Reichstag, mit Ausnahme von verhältnißmäßig wenigen Gegenständen, vornämlich nur mit den Rechten und Verhältnissen der Reichsstände selbst. Die kaiserlichen Rechte bei der Reichsregierung sanken mehr und mehr zum bloßen Rechte der mit Zuziehung der Reichsstände zu verwaltenden Reichsgeschäfte herab. Die Reichseinkünfte wurden fortwährend geschmälert [4]). Man gewöhnte sich, die dem Kaiser übrig gebliebenen Hoheitsrechte als Reservatrechte anzusehen, wohin denn hauptsächlich nur noch die Verleihung von Reichslehen und Regalien, Ertheilung von Standeserhöhungen, und Errichtung von Universitäten gehörten [5]). Andere Privilegien konnte der Kaiser nur noch mit Einwilligung der Kurfürsten ertheilen, und mehrere, wie insbesondere das Recht der

---

1) Eichhorn R.G. IV. § 525. 528. v. Löw Gesch. d. deutsch. Reichs- u. Territ.Vfssg. § 59. 75.

2) Eichhorn a. a. O. § 531. vgl. § 524. 592.

3) Wahlkapitulation Karls V. Art. 17.

4) Eichhorn IV. § 537.

5) Pütter Beitr. zum deutsch. Staats- u. Fürsten-R. I. Abh. 11.

Begnadigung, wurden bereits auch den Landesherrn vindicirt. Auch mehrere Regalien wurden unter dem Titel des unvordenklichen Besitzes als landesherrliche Gerechtsame ausgeübt. Insbesondere aber sprach man den Landesherrn das Recht zu, Gesetze auch ohne kaiserliche Bestätigung zu errichten, und darin dem gemeinen Recht, und selbst den Reichsgesetzen zu derogiren, soweit diese nicht eine öffentliche Einrichtung für das ganze Reich festsetzten oder eine Prohibitivbestimmung aufstellten, daher sich denn auch der Gebrauch, die kaiserliche Konfirmation nachzusuchen, bei den Landesgesetzen schon in der zweiten Hälfte des 16ten Jahrhunderts verlor [1]). Außer den angef. Rechten blieb dem Kaiser vornämlich nur noch die Ausübung der kaiserlichen Gerichtsbarkeit durch den Reichshofrath, wozu namentlich die peinlichen Sachen reichsunmittelbarer Personen gehörten [2]). Dagegen hatten sich die Landesherrn das Institut der Austräge zu erhalten gewußt, und die Privilegien de non evocando immer vortheilhafter auszubeuten verstanden [3]). Die Kreisverfassung wurde das Mittel zur bequemeren Ausübung des den Ständen garantirten Bündnißrechtes, wodurch sie sich oft genug dem Kaiser und den gemeinsamen Interessen entgegensetzten. Einige Fürsten wurden im Laufe der Zeit auf auswärtige Throne erhoben, und dadurch noch unabhängiger von dem Reichsverbande. Durch Hausgesetzgebungen consolidirte sich die Macht der fürstlichen Häuser, indem sie das überall in Europa zur einseitigen Herrschaft aufstrebende Princip der Monarchie in ihren innersten Kern aufnahm [4]). Die zum Zeitbedürfniß gewordene Einführung der stehenden Heere beförderte die darin liegenden Ansprüche, während es zugleich in der Richtung der Zeit lag, daß die landständische Verfassung schon im 17ten und noch mehr im 18ten Jahrhunderte an Bedeutung und Wirksamkeit immer mehr verlieren mußte [5]). Dagegen beeiferte sich die servile Dienstbeflissenheit der Theorie, auch das landesherrliche Besteurungsrecht immer mehr zu steigern. Unterdessen hatte den deutschen Städten der Umschwung des Welthandels ihre Bedeutsamkeit geschmälert, und eine Reihe von Kriegen ihren Wohlstand zerstört. Die Räthe der Landstädte wurden landesherrliche Behör-

1) Eichhorn IV. § 534.
2) Regim.O. 1521. § 7. Eichhorn IV. § 475. 535.
3) v. Löw. § 60.
4) Eichhorn IV. § 540—543. 548. 549. 595.
5) ebend. § 546. 547. 596.

den, und sie mußten sich dem landesherrlichen Besatzungsrechte unterwerfen. Noch tiefer aber ward, namentlich durch verkehrte Anwendung des römischen Rechts, der Bauernstand zu Boden gedrückt [1]). So erlagen, außer dem Adel, der allein von dem Vordringen des monarchischen Princips unbewältigt blieb und sich auf fremde Kosten eine selbstsüchtige Freiheit erhielt, alle übrigen Stände jener einseitig vorschreitenden Macht, die durch die Reichsverhältnisse an völliger Befreiung kaum mehr gehindert wurde. Die Entkräftung des Reichsverbands steigerte sich aber endlich zur völligen Ohnmacht, seit an die Stelle der persönlichen Zusammenkünfte ein diplomatischer Kongreß trat, der sich lieber mit Rangstreitigkeiten, als mit den dringendsten Angelegenheiten des gemeinsamen Vaterlandes befaßte [2]).

Obgleich indessen das Princip dieses Umschwungs der Dinge schon im Anfang der Periode wirksam war, so kam es doch erst seit der 2ten Hälfte des 17ten Jahrhunderts zu bewußter Entfaltung und im 18ten zu ausschließlicher Herrschaft. Dies zeigt sich auch in der Geschichte des Strafrechts insofern, als im 1ten Jahrhundert nach der P.G.O. das gemeinrechtliche Moment auch in den Landesgesetzgebungen noch das herrschende bleibt, wogegen nachher der Partikularismus die Oberhand erhält, und die Einheit des Rechts und besonders der Rechtspflege sich in steigender Progression verliert [3]).

Gerade das Strafrecht hatte vor dem Privatrechte den großen Vortheil, daß durch die P.G.O. ein gemeines deutsches Recht, wenn auch nicht aus bloß einheimischen Quellen, fixirt und dadurch auch dem romanisirenden Fanatismus der Jurisprudenz des 16ten Jahrhunderts ein gesetzliches Organ entgegengestellt worden war, das als gemeinverbindliche Rechtsquelle nicht abgewiesen werden konnte [4]). Nicht nur aber das Strafrecht im e. S. war Gegenstand der Reichsgesetzgebung geworden, sondern dieselbe erstreckte sich auch, wenigstens

1) ebend. § 544. 545.

2) vgl. Meine Schrift: K. Wilhelm I. von Wirt., u. die Entwicklung der Wirt. Verf. vor u. unter seiner Reg. S. 58—69.

3) Eine zum Theil sehr komplizirte Theilung der Strafgewalt zwischen Reichs- und Landes-, Landes- und Patrimonialgerichten, und eben damit die Möglichkeit unzähliger Jurisdictionsconflikte dauerte indessen bis zur Auflösung des Reichs fort. **Malbl.** Consp. Sect. III. IV. Meister Einl. in d. peinl. Rechtsgel. S. 301 ff. Henke Gesch. II. S. 180—201. Spittl. v. Blutbann d. unm. Reichsritterschaft.

4) Wächter Gem. Recht. S. 19. 69. 70.

im Laufe des 16ten Jahrhunderts noch auf mehrere verwandte, zum Theil (nur unter anderm Titel) zum Strafrecht selbst gehörige Gegenstände. Dahin gehört die Verbesserung der Reichsjustiz, wie sie wiederholt in Ordnungen für das Reichskammergericht und den Reichshofrath versucht wurde [1]); ferner eine Reihe von Reichsabschieden, namentlich von den Jahren 1526, 1529, 1530, 1532, 1551, 1555, 1559, 1566, 1570, 1576, 1594, 1641 (§ 85), 1654 (§ 7. 98. 109. 161. 178. 180 [2]), — ferner die Bestätigungen und ausführlicheren Entwicklungen der Bestimmungen des ewigen Landfriedens in den Jahren 1521, 1522, 1548 [3]); — ferner die Reichsexekutionsordnung v. J. 1555 [4]); — ganz besonders die Polizeiordnungen, in welchen freilich sehr Mannigfaches durcheinander steht, weil man aus der aristotelischen Philosophie heraus noch einen sehr unbestimmten Begriff von Polizei hatte [5]); davon steht denn Mancherlei auch in den Kreisabschieden [6]); wichtiger sind aber die Reichspolizeiordnungen, und zwar im RA. v. 1500, Tit. 22—34, v. 1512. Art. IV., v. 1529, § 9, v. 1530, § 58 [7]), einzelne Bestimmungen, aus deren Revision die Reichspol.-O. von 1530 [8]) entstand, die denn nach und nach vermehrt, und in den JJ. 1548 und 1577 [9]) in verbesserter Gestalt neuerdings erlassen wurde; sodann Anordnungen über einzelne dahin gehörige Gegenstände, namentlich Reichsmünzordnungen, deren wichtigste in den JJ. 1524 und 1559 [10]); — ferner die Reuterbestallung v. 1570, nach welcher

---

1) K.G.O. 1500. 1507. Kommiss. Absch. 1517. K.G.O. 1521. Reichs-Regim.O. 1523. K.G.O. 1527. Ref. d. K.G. 1531. K.G.O. 1553. (N. Samml. d. R.A. II. S. 67. 119. 166. 179. 247. 289. 345. 403.) K.G.O. 1555. (ebend. III. S. 43). Reichshofr.Odn. bei Senkenberg. Samml. der den R.Hofr. betr. Ordn. (Beil. z. Herchenhahn Gesch. d. Reichshofr.)

2) s. diese und andere Reichsges. bei Gerstlacher Hdb. d. deutsch. Reichsges. XI. Abthl. 2. S. 2942—3074.

3) N. Samml. der R.A. II. S. 193. 229. 574.

4) ebend. III. S. 20 ff.

5) Eichhorn IV. § 530. not. a. vgl. Wächter Lb. II. § 231 ff. Meine Neue Rev. § 1. Anm. S. 25. 26.

6) F. C. Moser Samml. sämmtl. Kreisabsch. 3 Thle.

7) N. Samml. d. R.A. II. S. 77 ff. 141. 314.

8) ebend. II. S. 322.

9) ebend. II. S. 587. III. S. 379.

10) ebend. II. S. 261. III. S. 186 ff. Spätere Gesetze dieser Art, z. B. R.A. 1566. § 147—176., v. 1570. § 120 ff. Reichsschl. 9. Sept. 1667., Münzedikt 1759. ebend. III. S. 235 ff. 303 f., IV. 51 f. und bei Gerstlacher Hdb. IX. S. 1475—1697. vgl. dessen C. J. germ. I. S. 375 ff.

sowohl Vergehen gegen deren speciellen Inhalt, als gemeine Verbrechen vor ein eigenes Reuterrecht gewiesen wurden [1]), — die Wahlkapitulationen [2]), — der westphälische Frieden (Art. 4. 5. 8. 17). — Aus diesen Anführungen ergiebt sich jedoch auch, daß seit dem 30jähr. Kriege, der ohnedies die Thätigkeit des Reichstags völlig unterbrochen hatte, wenig von Bedeutung mehr für die Reichsgesetzgebung geschah [3]), namentlich auch nicht durch die permanente Reichsversammlung. Die P.G.O. überließ man ganz ihrem Schicksale, und für die Reichspolizei geschah nur wenig und Unbedeutendes, z. B. die Reichsschlüsse v. 1731 und 1772 über Handwerksmißbräuche [4]).

Wie nun die Reichsgesetzgebung sich bis zum 30jähr. Kriege hin immer noch im Geiste der P.G.O., oder doch mit Anschluß an sie thätig erwies, so wurde die P.G.O. in diesem ganzen Zeitraume auch von den Territorialgesetzgebungen durchaus als allgemein verbindliches Reichsgesetz angesehen. Es ist ein Irrthum, wenn behauptet wird [5]), daß dieselbe als Reichsgesetz so gut als gar nicht beachtet, und erst im Verlauf der Zeit da und dort speciell eingeführt worden sei. Vielmehr wurde sie durch den Reichsabschied v. J. 1532 als allgemeines Reichsgesetz, mit Einwilligung der Reichsstände förmlich promulgirt und in Folge davon nach und nach (wie es eben durch die damaligen Verkehrsverhältnisse bedingt war) auch allgemein eingeführt, wenn auch nicht überall auf dieselbe Weise [6]). Dabei kommt zu bedenken, daß die P.G.O. keineswegs dem Inhalt nach neues Recht schuf, sondern sowohl der Form, als dem Inhalt nach das Meiste als schon bestehend annahm, und überdies gegen

1) N. Samml. d. R.A. III. S. 321 ff. (§ 40. 71. 99. 124. 128).

2) Die erste von 1519 bei Ziegler Wahlkapitulationen, S. 7 ff., Proj. einer perpetuirlichen, 1711. (Art. 15. 17. 18. 20—22. 24.)

3) Die hauptsächliche Ausnahme macht nur der wesentlich nicht hierher gehörige jüngste Reichsabschied. Eichhorn IV. § 592.

4) bei Gerstlacher Hdb. d. Deutsch. Reichsges. IX. 1759 f. X. 2008 f.

5) so Malblank Gesch. d. P.G.O. S. 209 ff. Henke Gesch. d. peinl. R. II. S. 176 f. Diss. von Erhard in Martin Coll. Diss. I. p. 208 sq. Biener Beitr. z. Gesch. d. Inqu. Proc. S. 150. Birnbaum im N. Arch. XII. S. 422 f. Abegg Lb. d. Crim. Proc. S. 35. Klenze Lb. S. XIX ff. Roßhirt Gesch. u. Syst. I. S. 255—257. Beseler Volksr. u. Juristenr. S. 236. Hofacker Jahrb. d. Gesetzgebg in Wirt. II. S. 2 ff.

6) s. schon den älteren Biener in seiner Ausg. v. Püttmanns Elementen. § 17. besonders aber Wächter Gem. Recht. S. 32—65 u. N. Arch. 1837. S. 59—86. vgl. Zachariä Lehre vom Versuch II. S. 187 ff.

Territorialstatuten und Gewohnheiten, soweit sie sich nur irgend mit ihren Fundamentalgrundsätzen vereinigen ließen, äußerst liberal war. Insbesondere findet sich nun, daß die Territorialherrschaften bald ihre Gerichte geradezu auf die P.G.O. verwiesen, bald, die Gültigkeit derselben voraussetzend, nur ihr Verhältniß zum Landesrechte und den Landesgewohnheiten näher zu bestimmen oder zu vermitteln, oder auch nur mit Rücksicht auf sie das Landesrecht zu revidiren unternahmen [1]). Selbst, wenn ohne Rücksicht auf die P.G.O. ältere Statuten revidirt oder neu aufgelegt würden, so war dies nicht als Opposition gegen die P.G.O. zu betrachten, da ja diese, wie gesagt, durchaus nicht die Absicht hatten, das Partikularrecht ganz zu verdrängen. Beispiele sind [2]): 1) Rechtsbücher ohne Rücksicht auf die P.G.O.: neu aufgelegte, etwa auch revidirte Statute, z. B. das (ungedruckte) Rechtsbuch der Stadt Rotweil v. J. 1546 (Thl. X. XI.), neue Auflagen der Wormser Ref. in den JJ. 1507, 1509, 1542, Statuten von Frankenhausen, 1558 [3]); — 2) Neue Rechtsbücher mit Rücksicht auf die P.G.O., aber mit vorwiegender Benützung älterer Statute: die neue Brandenburgica v. J. 1582 [4]), die Landesordnung von Henneberg v. J. 1539 (Buch VII. VIII. [5]), großentheils wörtliche Abschrift der Tyroler L.O. v. 1532, — die Revision der Tyroler Landesordnung von 1573 [6]); — 3) Reine Verkündigungen der P.G.O., oder bloße Anweisung an die Gerichte, sich an sie zu halten: so z. B. Aufnahme der P.G.O. in die Kölner Ref. v. J. 1538 [7]), Abdruck der P.G.O., publicirt mit der Hof-Ger.-O. von Pommern v. 1566 [8]), desgleichen Publikation

1) Obgleich sie theilweise am part. rechtlichen Elemente festhielten, verstärkten sie doch durch ihr allgemeines, oft fast ängstliches Anschließen an das gemeine Recht das gemeinrechtliche Element, und stellen auch in ihren Modifikationen der P.G.O. nur die Resultate einer gemeinrechtlichen Praxis dar. Wächter a. a. O. S. 65. Biener im N. Arch. X. S. 479.

2) Das Nähere s. bei Wächter a. a. O.

3) bei Walch Beitr. I. S. 185 f. vgl. Wächter Gem. R. S. 39. not. 35.

4) bei Böhmer Medd. im Anh. Roßhirt I. 243. Wächter a. a. O. S. 40. not. 37. 38. vgl. R. Schmid Vorr. zur CCC. Longolius Corp. Const. Brand. Culmb. Vol. II. P. II. § 22 ff. S. 120 ff.

5) Mittermaier N. Arch. IX. S. 62. vgl. Wächter a. a. O. S. 41. not. 40 u. Schmid ib. cit., erschien 1539 u. 1720.

6) erschien 1573 u. 1603.

7) erschien 1538.

8) s. diese bei Abr. Sawr Fasc. judic. ord. sing. fasc. VII. p. 81 f. (Frankf. 1588. 1589).

eines Abdrucks der P.G.O. durch die Herzoge von Braunschweig-Wolfenbüttel, 1564 u. 1566; allgemeine Verweisungen auf die P.G.O. in der Land-Ger.-O. für Oestreich ob der Ens v. J. 1559 [1]), in der Hof-Ger.-O. der Herzoge von Braunschweig-Lüneburg für Celle v. J. 1564, ebenso im Landrecht der Grafschaft Solms vom J. 1571, Thl. I., Tit. 40, — in der Münster'schen Landgerichts-Ordnung v. J. 1571, Thl. III, in der revidirten Gerichtsordnung von Butzbach v. J. 1578, letzter Tit., in den Mecklenburgischen Gesetzen aus dem 16. Jahrhundert (bes. Land- u. Hof-Ger.-O. 1570. 1622. P. II. tit. 43, und Erbvertrag mit Rostock, 1573), in Gesetzen von Holstein und Schleswig (z. B. Kirchen-O. 1542 [2]); — 4) Rechtsbücher, welche in einzelnen strafrechtlichen Beziehungen die P.G.O. ergänzen, näher bestimmen oder modificiren wollen, im Uebrigen aber es ganz bei ihr belassen: z. B. das Weichbildrecht von Otterndorf v. J. 1541 [3]), die Frankfurter Ref. in den Revisionen von 1578 und 1611 [4]), Thl. X. Tit. 8. § 1, das bayerische Landrecht von 1616 (im letzten Theil [5]); — 5) Einzelne Gesetze, die entweder an die P.G.O. geradezu sich anschließen, oder in Beziehung auf sie zu ihrer Ergänzung oder zur Entscheidung zweifelhafter Fragen gegeben wurden: z. B. Edikt für Jülich, Kleve und Berg v. J. 1554 [6]), wirtembergische Urkunden von 1551, 1552, 1554, 1565, Manuduktion v. J. 1621 [7]), Gesetz von Moritz von Sachsen v. J. 1542 [8]), und besonders die Konstitutionen Kurfürst August's von 1572 [9]) (vgl. die Consultationes Saxonicae [10]); — 6) Umfassende Rechtsbücher über das Strafrecht mit besonderer Rücksicht auf die P.G.O.: Hessische Halsgerichtsordnung v. 1535 [11]) (fast

---

1) erschien 1559, revidirt 1627.

2) Wächter a. a. O. S. 44—47. not. 44a—50.

3) bei Puffendorf Obss. jur. univ. Tom. II. App. p. 161. 184. Wächter S. 48. not. 51 b.

4) Ausg. von Orth.

5) München. 1616. Wächter S. 48—50.

6) in der Jülich-Kleve-Bergischen PolizeiOrdnung. Düsseld. 1608. Wächter S. 50. not. 54.

7) s. Reyscher Ges.Samml. II. S. 133. 158. Hofacker Jahrb. II. S. 4. Wächter S. 50—52.

8) im Cod. Augusteus. T. II. p. 748.

9) bei Haubold Hdb. der kursächs. Ges. 1810. s. Wächter Abh. I. S. 5—7.

10) Wächter Abh. I. S. 5. not. 1. Ders. im N. Arch. 1837. S. 73—85.

11) bei Böhmer Medd. in CCC.

wörtlich aus der P.G.O. genommen, doch mit vielen Weglassungen), — peinliche Gerichts-Ordnung für Steyermark v. J. 1574 [1]) (größtentheils die P.G.O. enthaltend), — Kurpfälzisches Landrecht v. J. 1582 [2]), dasselbe publicirt für die Oberpfalz i. J. 1606 [3]), das Landrecht von Baden-Baden v. J. 1588 [4]) (in seinem strafrechtlichen Theil fast durchgängig wörtliche Abschrift des pfälzischen), das Landrecht von Baden-Durlach v. J. 1622 [5]), publ. 1654, Thl. VII. (eine etwas freiere Revision des pfälzischen), das Landrecht von Hadeln v. J. 1583 [6]), Thl. 4 und 5), die revidirte Bambergensis v. J. 1580 [7]), die Statuten von Hamburg v. J. 1603 [8]) Thl. IV. (großentheils wörtlich an die P.G.O. sich anschließend), die Landesordnung von Mähren publ. 1628 [9]) (fol. 210—255), der Entwurf eines Rechtsbuchs für die Brandenburg-Preußischen Lande v. 1594 [10]), Thl. IV. und V.

Gleichwie nun diese Territorialgesetzgebungen der wesentlichen Grundlage nach sich ganz an das gemeine Recht anschlossen, so wurde eine fortdauernde Gemeinsamkeit des Rechts auch weiterhin noch dadurch vermittelt, daß vielfach das eine Landesrecht von einem andern zu Grunde gelegt oder auch wohl wörtlich aufgenommen wurde. Beispiele davon finden sich in dem eben Ausgef. Ebenso ging z. B. aus der Wormser Ref. Mehreres wörtlich in das Freiburger Stadtrecht v. 1520, und aus diesem in die Tyroler Landes-O. (1526. 1532) über, welche ihrerseits hauptsächlich die Tyroler Malefizordnung von 1499 zur Grundlage hat [11]).

Der 30jähr. Krieg hemmte nun freilich die Thätigkeit der Partikulargesetzgebung so gut, wie die der Reichsgesetzgebung. Was sodann seit dem Ausgange dieses Krieges von partikulargesetzgebe-

---

1) Augsburg. 1575.

2) Heidelberg. 1582. revidirt 1611. Wächter Gem. R. S. 56. 57.

3) Amberg. 1606.

4) Karlsruhe. 1805. Wächter a. a. O. S. 58—60. not. 67—69.

5) Durlach. 1622. 1710. Karlsruhe. 1773. Wächter S. 60. 61.

6) bei Puffendorf Obss. jur. univ. T. I. App. p. 3—59. Wächter S. 62. not. 70. a.

7) erschien 1580. s. Roßhirt Beitr. S. 120. R. Schmid Vorr. zur Ausg. der P.G.O. Wächter a. a. O. S. 62. 63.

8) Hamburg. 1605. Hudtwalker im R. Arch. VI. S. 403 f.

9) Gedr. ohne Datum.

10) Abegg Gesch. d. Strafgesetzgebung der Brand. Preuss. Lande. S. 43—74. Ders. Symb. ad hist. jur. crim. liter. p. 8. 9.

11) Wächter Gem. R. S. 38. 41. not. 33. 40. a.

rischen Resultaten ans Licht trat, war allerdings nicht mehr geeignet, das Element der Gemeinsamkeit zu befördern. Gleichwohl erhielt sich dasselbe noch bis gegen die Mitte des 18ten Jahrhunderts hin mittelst der Wissenschaft und der durch sie bestimmten Praxis, welche sich von unscheinbaren Anfängen allmälig zu Mächten ausbildeten, denen das geschriebene Recht sich beugen mußte. Eben dieses eigenthümliche Verhältniß zwischen dem gesetzlichen und dem durch Wissenschaft und Praxis gebildeten Rechte war für die Weiterbildung des Strafrechts seit der Mitte des 16ten Jahrhunderts so entschieden bestimmend [1]), daß es zur Grundlage der Darstellung dieser ganzen Periode gemacht werden muß. Dabei ist nun aber zu bemerken, daß dieses Verhältniß mit der Zeit sich geradezu umkehrte. Während nämlich bis gegen die Mitte des 18ten Jahrhunderts hin die Theorie sammt der durch sie bestimmten Praxis sich im Wesentlichen noch an das gesetzliche, und zwar an das gemeine Recht hielten, dieses mithin als das Beherrschende in dem Verhältnisse erscheint, so traten von jenem Zeitpunkt an verschiedene Umstände hervor, welche einerseits zu einer immer größeren Partikularisirung des Rechtes, und andererseits, zum Theil in Verbindung hiemit, zu einer allmäligen Unterwerfung der Gesetzgebung und der Rechtspflege unter die selbstständiger gewordene Theorie, insbesondere die Philosophie führten.

a) Von der Mitte des 16. bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts.

Obgleich durch die gerade in diesem Zeitraume sich zu ihrem Zenith steigernde Landeshoheit zu dem Rechtspartikularismus der Grund gelegt wurde, der am Ende der Periode isolirte Partikulargesetzgebungen hervorzurufen anfing, so bildet doch eben die vorliegende Zeit erst den Uebergang zu jener förmlichen Zersplitterung der Rechtseinheit, und ist im Wesentlichen noch durch das gemeinrechtliche Element beherrscht [2]). Die Hauptursache davon lag in der durch die einseitige Entwicklung der fürstlichen Macht begünstigten neuen Gestaltung der Gerichtsorganisation und des Strafverfahrens, wodurch das Strafrecht nach und nach dem Volke entzogen, und in

1) Meine Neue Rev. Anm. zu § 177. vgl. C. F. G. Meister D. de jur. Rom. crim. in for. Germ. auctoritate. § 27. u. bes. Beseler Volksrecht und Juristenrecht.

2) Wächter Gem. Recht S. 110. 111.

die Hände der fürstlichen Räthe und Gerichte, der Universitäten 2c., überhaupt des gelehrten Juristenstandes gegeben wurde[1]). Dieser Stand wurde in der Gesetzgebung, in der Theorie und in der Rechtsprechung gleichmäßig wirksam; wie nun von der Gesetzgebung bis zum 30jähr. Kriege bereits angegeben wurde, daß sie sich im Wesentlichen an die P.G.O. gehalten habe, so wird dasselbe nachher von der Theorie und Praxis gezeigt werden. Durch die gedachte Stellung des Juristenstandes kam die theoretische und praktische Entwicklung des Rechts in eine Einheit, die unfehlbar wohlthätig wirkte, sofern überhaupt schon die Einheit ein Gewinn war, zugleich die Hauptorgane der Entwicklung, die Schöppenstühle und Juristenfakultäten, sich in einer politisch (wenigstens relativ) unabhängigen Lage befanden, und durch sie Wissenschaft und Praxis vor der völligen Verwilderung der Zeit, wie sie namentlich durch den 30jähr. Krieg ausbrach, wenigstens einigermaaßen gesichert blieben. Dabei traten aber freilich auch mancherlei Nachtheile hervor, insbesondere sofern dadurch das Strafrecht und noch mehr das Strafverfahren den nationalen Boden verlor, im letzteren das Inquisitionsprincip zur verzerrtesten Einseitigkeit ausgebildet wurde, die unabhängige Stellung der Fakultäten, die willkürlichste Kabinetsjustiz keineswegs abhalten konnte, der Juristenstand aber, eben durch seine bevorzugte Stellung eine Macht über die Praxis erlangte, welche gegen das Ende der Periode immer mehr in Ungebundenheit überging und die völlige Zersplitterung der Rechtseinheit herbeiführen half.

Die Theorie nun blieb in dem vorliegenden Zeitraum noch durchaus auf empirischem Boden. Nachdem sie in der ersten Hälfte vorwiegend exegetisch gewesen war, erhob sie sich in der zweiten zu einem selbständigen, wenn auch immer noch ganz empirischen Dogmatismus[2]).

Lange Zeit hindurch blieben die wissenschaftlichen Bestrebungen im höchsten Grade dürftig[3]). Sie erhoben sich der Regel nach nicht über bloße, zum Theil sinn- und jedenfalls geschmacklose Kompilationen aus der P.G.O., dem römischen und kanonischen Rechte, der italienischen Literatur, und heiligen und Profanscribenten. Es ist

---

1) Mittermaier Strafverfahren I. § 17.
2) vgl. die Vorrede zu Kierulffs Theorie d. Civilrechts.
3) Wächter Gem. Recht. S. 66—109. Ders. im N. Arch. 1836. S. 115 f.

zwar ein Irrthum, wenn behauptet wird [1]), daß die Jurisprudenz des 16ten Jahrhunderts die P.G.O. ganz oder doch nahezu ignorirt habe, da man vielmehr nur sagen kann, daß sie dieselbe nicht verstanden habe, weil sie selbst noch ganz im Stande der Kindheit und von dem fremden Rechte und der fremden Wissenschaft recht eigentlich behert war. Gleichwohl kann auch nicht geläugnet werden, daß die Verkennung und der Mangel an Verständniß bis zu einem sehr hohen Grade gingen, und daß die jedenfalls untergeordnete Rücksicht, welche der P.G.O. geschenkt wurde, insbesondere auch aus der Ansicht hervorging, daß diese selbst nur ein Produkt des romanisirenden Rechtsgeists der Zeit sei, und daher auch die unmittelbar aus den Quellen schöpfende Wissenschaft (die sich hiebei freilich sehr überschätzte) es wohl besser wissen könne [2]). Zu unterscheiden sind übrigens die Schriften in einheimischer von denen in lateinischer Sprache. Jene trifft vornämlich der ausgesprochene Vorwurf der kritiklosen Romanomanie, infolge deren das germanische Element nur, wo es unabweislich war, Beachtung fand, und auch dann noch auf die verkehrteste Weise auf römische Grundlagen gestützt wurde. Immerhin erscheint aber auch in diesen Schriften die P.G.O. formell stets als das neueste gemeine Recht, womit wenigstens das aus sonstigen Quellen gewonnene Resultat bekräftigt wird, wobei sich freilich die Autoren meist damit begnügen, ihren Inhalt geradezu abzuschreiben oder zu excerpiren, oft ohne die P.G.O. namentlich zu erwähnen. Unter diesen Werken sind hervorzuheben: Perneder's Halsger.-O. (1544 [3]), die 12 Auflagen erlebte und sogar ins Holländische übersetzt wurde, überhaupt aber die Grundlage beinahe der ganzen deutsch geschriebenen Strafrechtsliteratur im 16ten Jahrhunderte bildete; — Gobler's Rechtenspiegel [4]), eine

1) Malblank S. 209. 216. Jarcke Hdb. I. S. 64. v. Droste Einl. in d. deutsch. Krim.R. S. 40. Klenze Lb. S. XIX. Abegg im N. Arch. 1835. S. 5. 6. Roßhirt Gesch. u. Syst. I. S. 247. 248. 256—258. Henke Gesch. II. S. 131—168.

2) Soweit Roßhirt dies andeutet, hat er ohne Zweifel Recht, was denn auch Wächter, obgleich seine Ansicht im Ganzen mehr aufs Extrem zu gehen scheint, wiederholt zugiebt. vgl. S. 71. 72. 93.

3) vgl. Roßhirt I. S. 198. 259 u. sonst. Birnbaum im N. Arch. XII. S. 390 ff. Dagegen Wächter ebend. 1834. S. 82 f. 1836. S. 121 f. Ders. Gem. Recht. S. 76—79.

4) vgl. Abegg im N. Arch. 1835. S. 1 ff. Roßhirt I. S. 249 f. Dagegen Wächter im N. Arch. XII. S. 91 ff. 1836. S. 132 f. Ders. Gem. Recht. S. 74. not. 82. S. 80—82.

plagiarische Zusammenstoppelung aus der P.G.O., Perneder's Halsger.-O. und Seb. Brand's Klagspiegel, Theil VIII. (zuerst 1552); — desselben (?) Statutenbuch (1553 [1]), gleichfalls theils mittelbar, theils unmittelbar wörtlich genommen aus der P.G.O. und aus Perneder's H.G.O. und Institutionen; — die Praktika von Heinrich Rauchdorn [2]) (1564), mit etwas selbständigerer Behandlung der P.G.O., auch nicht ohne Interesse für die Gewohnheiten des 16ten Jahrhunderts, übrigens gleichfalls im kriminalistischen Theile größtentheils Plagiat aus Königs [3]) Praktika, Brand's Klagspiegel und Perneder's H.G.O.; — ähnlich die Praktika von Joh. Arnold v. Dorneck [4]) (1576); endlich [5]) das Strafbuch von Abraham Sawr [6]) (1577, und nachher noch oft wieder aufgelegt), eine kurze, größtentheils in wörtlichen Auszügen gegebene Zusammenstellung der Bestimmungen der P.G.O., des römischen, des göttlichen, des kanonischen Rechts, und einiger Partikularrechte (namentlich des Sachsenspiegels, der sächsischen Konstitutionen v. 1572, der Bamberger und der hessischen H.G.O., der Tyroler L.O. v. 1532, des Freiburger Stadtrechts v. 1520, der Wormser und Frankfurter Reformation, und des Kurpfälzischen L.Rs. v. 1582), nebst Brocken von communis opinio, aus den 12 Tafeln, mosaischem und griechischem Recht, und Abschriften aus Gobler, d. h. aus Perneder. — Den Uebergang zu den lateinisch-geschriebenen Werken machen die beiden lateinischen Uebersetzungen der P.G.O. [7]) (von Gobler 1543, und die Paraphrase von Remus 1594), welche übrigens, soweit sie Kommentare des Gesetzes sein wollen, noch auf dem niedrigsten Standpunkte stehen. — Die lateinisch-geschriebenen Werke selbst stehen nun durchgängig höher. Doch war es überhaupt ein Nachtheil für das Strafrecht,

1) Wächter im N.Arch. 1836. S. 135 ff.

2) ebend. S. 146—151.

3) Ueber diesen (sächsischen) Schriftsteller s. Wächter Gem. R. S. 79. 80. not. 90. und im N.Arch. 1836. S. 140—146.

4) ebend. S. 151—153.

5) Gegen die Anführung von Maurer und Meichsner (s. Roßhirt I. S. 252) vgl. Wächter Gem. Recht. S. 83. 84. not. 98.

6) Wächter Gem. Recht. S. 83—86.

7) s. Roßhirt I. S. 251. 254. Abegg im N.Arch. 1835. S. 1 ff. Ders. in der von ihm 1837 besorgten Ausg. der gedachten Uebersetzungen in der Vorrede. vgl. aber Spangenberg im N.Arch. VII. S. 429 f. Wächter Gem. R. S. 74—76. 87. (vgl. N. Arch. XII. S. 82), und schon Koch in der Vorr. zu seiner Ausg. der P.G.O.

daß man es in der Regel, an die Ordnung des Corp. jur. sich anschließend, nur als Anhängsel des Civilrechts behandelte [1]). Als umfassendere, das gemeine Strafrecht darstellende Werke dieser Art sind hervorzuheben: zwei Systeme des Strafrechts von Nik. Vigel und Gilhausen und der tractatus criminalis von Harpprecht (in Form eines dogmatischen Institutionenkommentars [2]), Werke, die bereits eine Wissenschaft des Strafrechts auf der Grundlage des römischen Rechts und der P.G.O. zu bilden und solche systematisch darzustellen unternahmen, mithin den Uebergang zu der Periode des Dogmatismus bilden, jedoch mit theilweise noch sehr unzulänglichen Kräften [3]). Denselben Charakter haben auch die aus einzelnen Abhandlungen, oder akademischen Vorträgen entstandenen Systembildungsversuche, nur daß in diesen meist das deutsche Element in ungebührlicher Weise hinter dem römischen Gelehrtenkram zurückgesetzt erscheint. Entschieden vorbereitet wurde die selbständigere, von der Fessel des gesetzlichen Buchstabens und der Ordnung in den Quellen unabhängigere, dogmatische Bearbeitung durch die der Anwendung des Rechts im Leben zunächst zugewandte Thätigkeit, deren Resultat in den Konsiliensammlungen [4]) vorliegt. Indessen reichte die exegetische und kommentirende Richtung noch in die folgende Periode hinein und überdauerte sie sogar. Was aber darin geschah [5]), war von geringem Werthe, und erst unter dem Einfluß

---

1) Wächter Gem. Recht. S. 72. 73. 92. 93. Hier wird die P.G.O. als usus modernus in der Regel sehr kurz abgefertigt. Dieselbe Behandlungsweise findet sich in einzelnen Abhandlungen, Observationen und Disputationen jener Zeit, z. B. von Gail, Petreus, Bocer, sowie in den akademischen Vorträgen. s. ebend. S. 93—97. bes. P. Theodorici Colleg. crim. Disp. XI. 1618.

2) Das Nähere s. ebend. S. 87—92.

3) Speciell weist dieß Wächter an der arbor judiciaria Gilhausens nach, dessen Manier sehr nahe mit der oben angef. der deutschen Autoren zusammentrifft.

4) bes. zu erwähnen Fichardi Consilia, — die Consilia s. responsa juris Altorfina, Pistor quaestiones juris. Heig quaest. jur. s. Wächter Gem. R. S. 97—99.

5) B. Zieritz Notae ad CCC. 1622. Math. Stephani Car. V. Const. publ. judic. cum jur. comm. coll. 1626. Ant. Bullaeus in Car. V et S. R. J. crim. sanct. annotatt. 1631. Musculus CCC. V cum. jur. comm. coll. 1614. Casp. Manzius Comm. in Car. 1650. Christ. Blumblacher Comm. in K. Carls V. P. H.G.O. 1670. Jak. Otto Corp. jur. crim. Carol. V. od. peinl. H.G.O. 1685. 1696. Dan. Clasen Comm. in CCC. 1684. J. Fr. Ludovici CCC. cum not. pract. 1707. 1716. G. Beyer Delin. jur. crim. sec. CCC. 1714.

eines wissenschaftlichen Geistes, der die folgende Periode schon hinter sich hatte, erschienen die ersten tüchtigen Kommentare der P.G.O.

Hatten nun die bisherigen Arbeiten mehr oder weniger nur das Verdienst gehabt, überhaupt das geltende Recht im Gedächtniß und seine Verbindung mit seinen Quellen flüssig zu erhalten, zu seiner weitern Entwicklung und Erkenntniß aber wenigstens unverarbeitetes Material zusammenzutragen, so bemächtigte sich nun dieses Stoffs im 17ten Jahrhundert der praktische Geist der sächsischen Jurisprudenz, insbesondere durch Berlich [1]) und seinen Nachfolger Bened. Karpzov. Schon der erstere gab in seinen Conclusiones practicabiles (Thl. 4. 5), 1617 und 1618 eine ausführliche Darstellung des gemeinen und sächsischen Strafrechts nach Ordnung der sächsischen Konstitutionen und mit Erklärung der P.G.O., ausgezeichnet durch praktischen Geist und Reichhaltigkeit in dogmengeschichtlichen Bemerkungen, nach Plan und Inhalt die Grundlage von Karpzovs Praktika. Dieser [2]) gab in seinen Practicae novae imperialis Saxonicae rerum crim. P. I—III. (1638. 13te Ausg. 1758) ein vollständiges, praktischgehaltenes System des deutschen Strafrechts. Durch ihn und seinen Vorgänger wurde erst eine deutsche Strafrechtswissenschaft begründet, diese zugleich in die engste Beziehung mit dem Leben gesetzt, und die Herrschaft des gemeinrechtlichen Elements auf ein Jahrhundert hinaus befestigt.

Wie nun aber die gesetzliche Grundlage des deutschen Strafrechts seit der P.G.O. eine Vermittlung und Ineinsbildung nationaler Rechtselemente mit der in Italien zu neuem Leben gekommenen Wissenschaft und Praxis des römischen Rechts war, so mußte auch die im 17ten Jahrhundert sich ausgestaltende Wissenschaft des deutschen Strafrechts aus den gleichen Elementen ihre Nahrung schöpfen [3]). In der That blieb denn auch die italienische Jurisprudenz des 16ten

---

1) s. über diesen Vorgänger Karpzovs Wächter Gem. R. S. 102. 103. bes. not. 137.

2) Ueber die mancherlei bald zu harten, bald zu günstigen Urtheile über ihn, — Gerstätter nennt ihn ein juristisches Ungeheuer, Roßhirt einen der größten Köpfe unter den Juristen — s. Wächter Gem. R. S. 103. not. 139. vgl. dessen treffende Beurtheilung S. 104—107. Manches Genauere bei Roßhirt I. S. 291—304 (291—296 das Strafrecht). vgl. auch J. S. F. v. Böhmer Obss. ad Carpz. Vorr. S. IV. V. G. W. Böhmer Hdb. der Lit. d. Krim.-R. S. 507—510. Hommel Krim. Blätter. Hft. 1. nr. III. Malblank S. 222—224.

3) Roßhirt I. S. 277—279.

und 17ten Jahrhunderts eine der hauptsächlichsten Quellen für die deutsche, und es sind von den in dieser Beziehung wichtigen Schriftstellern besonders hervorzuheben [1]): Aegidius Bossius, Julius Clarus, Tiberius Decianus, Marcus Mantua Benavidius, Prosper Farinacius. Diese, wie die ältern italenischen, deßgleichen französische und spanische Juristen wurden von Berlich und Karpzov überflüssig reichlich benützt, nicht sowohl in dogmengeschichtlichem Sinne, als vielmehr als Auktoritäten, um die dogmatischen Sätze zu stützen und Kontroversen zu entscheiden; ebenso die frühere deutsche Literatur. Wenn hiebei in Beziehung auf den Reichthum des Details, den gelehrten Apparat und den Gedankengang Karpzov größtentheils auf Berlichs Schultern steht, ja ihn abschreibt [2]), so ist er dagegen reicher in der Detailentwicklung des Systems, ausführlicher in dessen Begründung, tüchtiger in der Beachtung des deutschen Elements, und reichhaltiger in der Nachweisung und Benützung einer ungemein umfänglichen Praxis [3]). Es ist ihm nachzurühmen, daß er die P.G.O. mehr, als bisher geschehen war, verarbeitet, sie in vielen Punkten wahrhaft zu erklären, zu ergänzen und ihren Inhalt weiter zu bilden sucht. Sein System ist freilich noch mangelhaft [4]), da die allgemeinen Grundsätze theils unter die Rubrik der Tödtung, theils zum Proceß gestellt, und ohne philosophisches Bewußtsein [5]) behandelt sind, auch die Anordnung der Verbrechen im Ganzen einen leitenden Grundgedanken vermissen läßt. Ebenso mangelhaft ist die geschichtliche Seite. Doch ist wenigstens seine Auffassung und Zusammenfassung der auf den sittlichen Kreis der Familie bezüglichen Verbrechen ein Zeichen von sehr richtigem Takt, das ihn vortheilhaft vor allen folgenden Kriminalisten auszeichnet;

---

1) s. hierüber Kleinschrod im Alt.Arch. d. Krim. R. I. S. 165 f. Biener Beitr. zur Gesch. d. Inqu.proc. S. 112—119. Roßhirt I. S. 279—285. 292.

2) s. Wächter S. 105. not. 141.

3) ebend. S. 106. not. 142.

4) Roßhirt erweist ihm hier zu viel Ehre, um so mehr, da ihm hier in keiner Weise Originalität zuzuschreiben ist.

5) Gewiß mit Unrecht vertheidigt Roßhirt den „Philosophen" Karpzov, von dem vielmehr Wächter sehr richtig urtheilt, daß er kein eigentlich denkender Kopf, kein mit freiem Blick über seine Zeit sich erhebendes Talent, vielmehr ein beschränkter, fleißiger, frommer Mann voll Aberglauben, Bigotterie und Fanatismus, ohne leitende Principien, historischen Sinn und Erkenntniß des Geistes der Quellen gewesen sei. vgl. Malblank S. 223.

sowie denn auch das von ihm gegebene Muster von zweckmäßiger Benützung einer reichen Praxis für Wissenschaft und Leben keineswegs gehörige Nachahmung fand.

Durch die Thätigkeit der gedachten Juristen war immerhin ein Großes geschehen. Die Wissenschaft des Strafrechts war auf eigene Füße gestellt und eben damit der Boden für eine kräftige tiefere Begründung geschaffen. Zugleich war sie aus der Schule in das Leben übersetzt und im Wechselverhältniß mit einer reichen Praxis befruchtet. Eine solche Darstellung derselben als eines in sich selbst kreisenden, lebendigen Ganzen ersetzte in Deutschland den Mangel an höchsten gemeinsamen Gerichten [1]), und verschaffte dem Werke Karpzovs über ein Jahrhundert lang eine fast gesetzliche Autorität, wodurch denn freilich viel sächsisches Partikularrecht in die gemeinrechtliche Theorie und Praxis kam. Wie jeder ächte Dogmatismus, so machte auch der Karpzov'sche die Wissenschaft für lange Zeit stationär, welcher Zustand erst im 18ten Jahrhundert unter dem Einfluß der wieder erwachten Philosophie und der aus ihr entsprungenen Aufklärungstendenz sich zu ändern begann.

Auch unter der Karpzov'schen Diktatur hielt sich die Praxis im Ganzen noch an die P.G.O., und, wo sie von dem Buchstaben des Gesetzes abwich, da geschah es wenigstens auf gleichförmige Art, in Form eines wahren, durch den Geist der Zeit bestimmten, Gewohnheitsrechts. Zugleich geschah es in einer Weise, die deutlich zeigt, daß man mit einer gewissen Aengstlichkeit den Schein der Gesetzlichkeit zu wahren bedacht war. Auch war es für die Gleichförmigkeit der Praxis förderlich, daß bis in das 18te Jahrhundert hinein fast überall in Deutschland noch das gleiche (grausame und verkehrte) Strafsystem herrschte [2]). Gleichwohl ward eben die durch Karpzov der Praxis verschaffte Macht der Geltung des Gesetzes gefährlich, weil jene sich auf die eigenen Füße stellen lernte und sofort vom Gesetze abzuweichen sogar gezwungen war, sobald dessen Inhalt mit dem veränderten Rechtsbewußtsein der Zeit in Widerspruch gerieth. Dieß mußte aber geschehen, da, wie oben gezeigt wurde, die Gesetzgebung, solange sie noch thätig war, Alles beim Alten beließ, hernach aber gerade, wo sie hätte weiter bilden sollen,

1) Wächter Gem. Recht. S. 107. 108.
2) Wächter Gem. Recht. S. 110. 111. 122—126. vgl. Henke Gesch. II. S. 168—285.

ganz und gar in Stagnation gerieth. Erleichtert wurde übrigens die Eigenmacht der Praxis noch insbesondere durch die Einrichtung der P.G.O. selbst, welche mehrere die Freiheit des Gerichtsgebrauchs nicht wenig begünstigende Elemente enthielt [1]), (z. B. Freilassung der Wahl der Strafarten, soweit nur nicht peinliche Strafen außer den gesetzlichen Fällen verhängt wurden, Freilassung in Beziehung auf den Strafmaßstab, Lücken mannigfacher Art u. dergl.), daher denn auch in der That sich neben der P.G.O., befugt oder unbefugt, manche löblichen und schlechten Gebräuche, wie das Bestebnen, Buß- und Wergeld ꝛc., noch lange Zeit forterhielten [2]). Die P.G.O. verwies zudem fast überall auf das römische Recht, dessen Auslegung sie dem Rath der Rechtsverständigen überließ, dessen Bestimmungen aber in vielen Fällen (z. B. bei Versuch, Beihülfe ꝛc.) germanischen Grundansichten entgegen, oder sehr unbestimmt und schwankend [3]), oder (wie in Beziehung auf die meisten Strafarten) geradezu unanwendbar waren. Je mehr aber der Juristenstand ausschließlich in den Besitz der Strafrechtspflege kam und insbesondere den Strafproceß zu seiner Domäne machte, um so mehr wurde der Geist der Willkür bei ihm genährt, vollends in einer Zeit, welche — wie die des 30jährigen Kriegs — alle Schranken der gesellschaftlichen Ordnung zusammenbrechen sah und die Pflicht der Sorge dafür auf den Richter allein zu devolviren schien. Es kam dazu, daß von der Mitte des 17ten Jahrhunderts an die Territorialgesetzgebung großentheils ruhte [4]). Vom Anfang des 18ten Jahr-

---

1) vgl. die Erklärung von Sachsen auf dem Reichstag 1530. bei Wächter a. a. O. S. 30. not. 23. P.G.O. Art. 104. Wächter S. 119.

2) s. z. B. die strafrechtl. Kapitel in Königs Pract. Ed. 2. (1550), die von Wergeld und Buße handeln; das sächs. Ausschreiben von 1550, Cod. Aug. I. 32. Beisp. aus Rauchdorn, der Hinneb. L.O., d. Stat. von Frankenhausen, und sonstigen Land- u. Stadtrechten s. bei Wächter a. a. O. S. 120. 121. Zöpfl Bamb. R. S. 17. Bülow u. Hagemann Prakt. Erörterungen II. S. 259 f. Mittermaier im N.Arch. IX. S. 61. 70. Aehnlich im Proceß. s. dens. Strafverf. I. § 17. vgl. auch Citate bei Malblank. S. 216. not. g.

3) z. B. l. 11. pr. l. 13. D. de poen. (48. 19.) l. 1. § 1. l. 5 D. de extraord. crimin. (47. 2).

4) Zu nennen ist vorzüglich die Landger.O. für Oestreich unter der Ens. 1657. (bei v. Weingarten Fasc. div. jur. B. 1. (1690) S. 371 f., großentheils die P.G.O. wiedergebend, nur oft viel grausamer. Wächter a. a. O. S. 158. not. 195. Auch die P.G.O. Josephs I. für Böhmen, Mähren und Schlesien v. 1707 bestätigt noch ausdrücklich die CCC als gemeines Recht. ebend. S. 159.

hunderts an wurde sie zwar wieder thätiger, jedoch in größerem Umfang nicht sowohl für das Strafrecht, als für das Strafverfahren [1]), und, wo sie das Strafrecht selbst betraf, trug sie einen Charakter, der keineswegs geeignet war, vortheilhaft auf die Strafrechtspflege einzuwirken. Schon im 17ten Jahrhundert hatte sich Doktrin und Praxis allmälig gewöhnt, das partikularrechtliche Element hinter dem gemeinrechtlichen, das des gelehrten Krams halber mehr zusagte, hintanzusetzen, und hiedurch namentlich zur allmäligen Unterdrückung mancher germanischen Rechtsinstitute beigetragen [2]). Gegen die Gesetzgebung des 18ten Jahrhunderts war nun aber diese Willkür nur zu sehr gerechtfertigt. Diese desultorische, aus der Laune des Moments geborene, allen heilsamen Schranken des Verhältnisses zum Reich und zu den Landständen entwachsene, den Kitzel despotischer Willkür aussprechende Gesetzgebung war der reine Ausdruck der oben geschilderten, zu schneidender Einseitigkeit entwickelten Macht der fürstlichen Gewalt [3]). Wie nun dieser die Macht des Juristenstandes ihre Förderung hauptsächlich zu danken hatte [4]), so wirkte die letztere auch wieder begünstigend auf jene zurück, sofern sie das Recht zu einem, dem Volke entzogenen, Monopole einer Kaste und hiemit zu einem für die Zwecke des Absolutismus leicht zu verwendenden Mittel machte, der es sich denn freilich auch andrerseits gefallen lassen mußte, wenn die Geburten seiner niederträchtigen Laune gar nicht beachtet, oder doch nur solange respektirt wurden, als die Furcht dazu trieb [5]).

Wenn jedoch die Willkür und Eigenmacht, woran sich die deutsche Jurisprudenz unter dem Schutze des unnatürlich sich aufblähenden monarchischen Princips gewöhnte, in manchen Beziehungen

1) Beisp. bei Malblank S. 232. Mittermaier Strafverf. I. § 17. not. 36—38. Biener Beitr. S. 183. Abegg Gesch. d. Strafgstzgbg. der Brand.preuss. Lande. S. 81—105.

2) Wächter Gem. Recht S. 144. 145. Hudtwalker im N. Arch. VI. S. 408. 427.

3) Beispiele bei Klein Annalen VIII. S. 255. Abegg Gesch. d. Strafges.-gbg. der Brand.preuss. Lande S. 131 f. vgl. Hudtwalker im N. Arch. VI. S. 419. Wächter Gem.R. S. 146—148. Ueber die Ausnahme, welche die sächs. Gesetze machten, s. ebendas. S. 151—153.

4) Dahin gehört namentlich auch die große Unbestimmtheit und Vagheit der gedachten Gesetze, für deren gehörige Publikation und Sammlung denn auch meist gar nicht gesorgt wurde, ebendas. S. 150.

5) Vgl. auch Mittermaier die Strafgesetzgbg. in ihrer Fortbildung. I. S. 7. not. 1. 2.

vortheilhaft wirkte, wohin man neben der eben angeführten Erscheinung unbedenklich auch eine große Anzahl ihrer Abweichungen von dem Buchstaben der P.G.O. rechnen kann [1]), — so wirkte sie leider auch nach der andern Seite hin auf eine zum Theil empörende Weise. Trug dazu der schon berührte Umstand bei, daß in der Periode der kirchlichen Wirren und des 30jährigen Kriegs die Richtergewalt gar wohl sich als die natürliche Vertreterin der gelähmten gesetzgebenden Gewalt ansehen konnte, so wurde ihre Willkür nothwendig durch die seit dem westphälischen Frieden in voller Gewalt hervortretende Tendenz der fürstlichen Macht zum Absolutismus noch gesteigert. Sie sah sich insbesondere von der allgemeinen Richtung, alles in polizeiliche Fesseln zu schlagen, zu einer schrankenlosen Ausdehnung des Gebiets des Strafrechtlichen fortgezogen [2]), und, wie sie die P.G.O. zu mildern gelernt hatte, so lernte sie dieselbe auch zu verschärfen. Eben wie die o. a. östreichische L.G.O. von 1657 in vielen Punkten die um 125 Jahre ältere CCC an Grausamkeit der Strafdrohungen überbietet, so und noch mehr machte die rohe Tendenz der Sicherung und Abschreckung sich auch in der Jurisprudenz auf furchtbare Weise geltend, insbesondere [3]) in der Lehre von den delicta excepta, d. h. daß bei den schwersten Verbrechen der Richter an die gesetzlichen Proceßformen und Beweisvorschriften nicht gebunden sei, da hier dem Staate besonders daran liege, daß die Verbrechen nicht ungestraft bleiben. Daher denn die gräulichsten Mißbräuche mit der Tortur [4]), und die rücksichtsloseste Willkür im Beweisverfahren. Nirgends aber traten diese Scheußlichkeiten schauerlicher hervor, als in derjenigen Verbrechenssphäre, welche der religiöse Fanatismus und der Aberglaube als ihre Domäne betrachteten, insbesondere in den Herenverfolgungen des 16ten und 17ten Jahrhunderts [5]), „jenem Drama von unermeßlicher Ausdehnung,

1) Daß dessen Strenge schon im 17. J.H. in Vielem den Verhältnissen und dem Geiste der Zeit nicht mehr ganz entsprochen habe, räumt auch Wächter ein. s. S. 121—124.

2) Wächter a. a. O. S. 125.

3) Auch dies kommt vor, daß man die Strafen verschärfte, indem man mit den vom Gesetz vorgeschriebenen Requisiten des Thatbestands willkürlich umsprang. s. Wächter Abh. I. S. 31. 95. Ebenso Wiederkehr der Ord. im Auswuchs s. Henke. II. S. 210—218.

4) Trummer Vorträge I. S. 3—93.

5) Literatur bei Kappler Hdb. d. Liter. d. Krim.R. S. 70. Solden Gesch. d. Herenprocesse. S. 335—356 u. Wächter Beitr. z. deutsch. Gesch. S. 280—289 (zu der Abh. S. 83—110). Henke II. 223 f.

mit welchem an Jammer, Verzweiflungsscenen und Elend ohne Namen, Maß und Ziel auf der einen, und an Aberglauben, Unsinn und Barbarei auf der andern Seite kaum etwas in unserer Geschichte verglichen werden kann."

b) Seit der Mitte des 18. Jahrhunderts.

Die aus den Fesseln der Scholastik befreite Philosophie machte sich seit dem 17ten Jahrhundert allmälig auch an Recht und Staat, und suchte die empirische Erscheinung auf ihre letzten Gründe zurückzuführen. Die erste dogmatische Periode zeigte eine zweifache Richtung, eine idealistische und realistische. Von ersterer aus wurde zwar durch Spinoza, und theilweise durch Leibnitz auch auf die Philosophie des Rechts eingegangen. Allein ihre tieferen Gedanken blieben unverstanden, und nur Fragmente der Leibnitzischen Philosophie gingen in die in der letzten Hälfte des 18ten Jahrhunderts herrschende Popularphilosophie über. Fruchtbarer zeigte sich die andere, in dem deutschen Naturrechte auch bei dem Idealismus zu Gaste gehende Richtung, die namentlich auch das Strafrecht in den Kreis der Betrachtung zog [1]). Allein bis zum Ende des 18ten Jahrhunderts kann man nicht sagen, daß die Resultate der philosophischen Forschung über die Principien des Strafrechts unmittelbar in's Leben übergegangen wären [2]). Hatte doch noch Thomasius, so sehr er sich selbst als Philosophen wollte sehen lassen, alle Anwendung der Spekulation auf das Leben methodisch bekämpft, ja auf skurrile Weise vor einem breiten Publikum ins Lächerliche gezogen.

Wenn nun aber gleich während des größten Theils des 18ten Jahrhunderts von einer Konstruktion der Wirklichkeit oder auch nur der Wissenschaft des Positiven nach spekulativen Ideen um so weniger die Rede sein konnte, als gerade die herrschende philosophische Richtung, das Naturrecht, durch spekulative Halbheit sich auszeichnete, indem sie, ohne Bewußtsein von dem Gegensatze zwischen Seyn und Denken, vielmehr von der noch unvermittelten Voraussetzung ihrer Einheit ausgehend, die Vernunft nicht als konstitutives, sondern nur als regulatives Princip auffaßte, daher den Staat als ein Gegebenes voraussetzte und nur dieses Gegebene vernünftig (aus diesem oder jenem menschlichen Triebe, einer facultas moralis, einer göttlichen

1) s. Meine Neue Revision § 198—207.
2) Klenze L.B. S. IV. V. VII—XII.

Anordnung ꝛc.) zu erklären suchte, — so war es doch unfehlbar eine Wirkung jener spekulativ dürftigen Systeme, daß sie in dem Gebiete von Recht und Staat der Philosophie erst den Platz eroberten und ihrer Existenz überhaupt Anerkennung verschafften [1]). Wie von Baco das Reich der Natur, so mußte von Hugo Grotius das Reich des Rechts und des Staats erst für den Gedanken erobert werden, nachdem es bis dahin unter den Riegeln der scholastischen Theologie gelegen und, bei allem Aristotelisiren, immer die Offenbarung zum Principe gehabt hatte [2]). Zwar hatte schon die spätere Scholastik (namentlich Joh. Duns Scotus) von einer heiligen Natur in Gott gesprochen, die, unabhängig von seiner Freiheit, sein Wesen unbedingt bestimme [3]). Allein mit Entschiedenheit wurde doch erst von Grotius der Gedanke einer lex naturalis geltend gemacht, die ewig und unwandelbar sei, etsi daretur Deum non esse. So sehr Grotius noch mit einem Fuße in der Scholastik stand [4]), da er denn doch die Natur wieder von Gott gesetzt sein ließ und die Vernunft nur als principium cognoscendi auffaßte, so war doch dieß schon ein Schritt von größter Wirkung. Der Gedanke war so neu, daß Grotius sich immer noch auf die Urtheile aller Völker und ihrer Weisen berufen zu müssen glaubte. Einmal angesteckt, konnte aber das Licht des prüfenden Gedankens nicht wieder erlöschen. So wenig nun auch die Gesetzgebung oder die Doktrin des positiven Rechts bis gegen das Ende des 18ten Jahrhunderts unmittelbar nach den Resultaten der Philosophie des Strafrechts sich bestimmte, so gewiß ist doch, daß die Philosophie des 18ten Jahrhunderts überhaupt den bedeutendsten mittelbaren Einfluß auf den gesammten Geist der Zeit hatte, ja diesem geradezu als Führerin diente.

Obgleich mithin der materiell bestimmende Einfluß der Philosophie auf Theorie und Gesetzgebung erst mit der Wolffischen und

---

1) Dies ist mit Unrecht von Klenze a. a. O. ignorirt. Sehr desultorisch behandelt diese Parthie Roßhirt I. S. 317. 322. 324. III. S. 304—307.

2) vgl. z. B. Lactantius Instit. divin. V. 8. 14. 16—18. Augustin. de lib. arb. I. c. 6. de civit. Dei. XV. c. 1. P. Lombard. Sentent. III. d. 37. Thom. Aquin. Summa theol. in prim. Sec. quaest. 93. 94. de regim. princ. I. c. 5—11. III. c. 1—7. Molina Tract. de just. et jure. I Disp. 3. Melanchthon Philos. mor. (1538) p. 68—103. Meisner Tract. de legib.

3) Libr. Sentent. III. dist. 37. qu. 1.

4) Roßbach die Perioden d. Rechtsphilos. § 107.

Kantischen Schule eintrat, so ist doch schon lange vorher, ja das ganze Jahrhundert hindurch die wiedererwachte Philosophie als die das Zeitbewußtsein überhaupt bestimmende Macht zu bezeichnen [1]). Davon war die nächste Folge, daß sich das bestehende Recht und der bestehende Staat der praktischen Kritik derselben nicht mehr entziehen konnten. Wie sie nun übrigens selbst bis zur französischen Revolution hin noch nicht destruktiv war, vielmehr am Gegebenen festhielt und mit den inhaltschwersten Begriffen (wie dem des Vertrags) noch harmlos spielte, so trat sie auch gegen die Wirklichkeit im Ganzen noch nicht feindselig auf, sondern begnügte sich mit einem, freilich unter den Zeitumständen oft sehr schwierigen [2]) und höchst verdienstlichen, Kampf gegen einzelne Mißbräuche. Vor Allem griff sie den religiösen Fanatismus an, der sich in den Herenprocessen prostituirt hatte, und in Verbindung hiemit signalisirte sie die Inhumanität des bestehenden Strafensystems und der schändlich mißbrauchten Tortur. Der philanthropische Geist der Aufklärungsperiode ergriff vornämlich geistvolle Fürsten [3]), die Revolutionäre des philosophischen Jahrhunderts, von welchen dann allmälig theils umfassende Reformationen der ganzen Strafgesetzgebung [4]), theils einzelne Reformen in den zunächst faulen Punkten [5]) ausgingen. Dahin gehörte zunächst eine immer umfassendere Umwandlung des ganzen Strafsystems, und die allmälige Abschaffung der Tortur, des Reinigungseids, der Urphede [6]). Diese Reformen wurden besonders angeregt und beschleunigt durch den Einfluß französischer und italienischer Schriftsteller, deren glänzende und gewandte Darstellungen

---

1) s. auch Abegg Lb. d. Strafr. S. 41 ob. Zu gering urtheilt von der vorkantischen Philos. Henke Hdb. I. § 18. Die Schattenseite s. bei Eichhorn IV. § 614.

2) s. darüber das Schriftchen von Luden über Thomasius. vgl. Henke Gesch. II. S. 298 f. Neben Thomasius sind bes. Sonnenfels u. Hommel zu nennen, ersterer namentlich wegen seiner Schrift üb. Abschaff. d. Tortur. 1775, letzterer w. sr. D. Princ. cura c. leges. vgl. seine philos. Ged. üb. d. Krim.R. ed. Rössig. S. 29—48.

3) Friedrich II. v. Preußen, Kaiser Joseph II., Katharina II. v. Rußland, Leopold v. Toskana.

4) s. unten.

5) Die Gesetze Friedrichs d. Gr. s. bei Malblank. S. 237—239. Henke Gesch. II. S. 411 f. Ders. Hdb. I. § 26. Ueber Joseph II. s. Vischers in der Revue belge. 1835. H. 11. S. 297 f. H. 12. S. 379 f.

6) Malblank. S. 242—247. Mittermaier Strafverf. I. § 81. not. 39—42.

der bestehenden Mißbräuche Eingang in die fürstlichen Kabinette fanden, wie besonders die Schriften von Montesquieu, Voltaire, Beccaria [1]). Sie wurden aber zugleich unterstützt durch den allgemeinen Geist der Zeit, welcher auf eine vernunftgemäße Umgestaltung der bestehenden Rechtszustände, auf eine detaillirtere und konsequentere Organisation des allmälig ins allgemeine Bewußtsein tretenden modernen Staatsbegriffs, auf Durchführung des Princips der Humanität, insbesondere auf das Entbehrlichmachen strenger Strafen durch die Thätigkeit einer vielseitigen und umsichtigen Polizei drang [2]). Denn es wurde im Laufe des 18ten Jahrhunderts diesem Drange in der That vielfach genügt, namentlich durch Verbesserung der Polizeianstalten und des Unterrichtswesens, durch Abstellung der Strafe der Landesverweisung und der verstümmelnden Strafen, und Substitution von Freiheitsstrafanstalten [3]).

Eben diese Reformen mußten, in Verbindung mit dem allgemeinen Geiste der Aufklärungsperiode, auf die positivrechtliche Praxis einen großen Einfluß ausüben. Schon unter Karpzovs Herrschaft hatte diese sich daran gewöhnt, unter Beibehaltung des Scheins der Gesetzlichkeit vom Gesetze abzuweichen (s. o.). Dieß konnte um so leichter geschehen, als in der That die Strafen des römischen Rechts meist gar nicht anwendbar waren, und zugleich das Gebiet des Strafrechtlichen immer mehr in das polizeiliche hinein erweitert wurde, wo man sich denn von vorne herein zu arbiträren Strafen berechtigt glaubte. In der vorliegenden Periode mußte man nun aber auch den Schein der Gesetzlichkeit aufgeben. Der Geist der Zeit verdammte eine Reihe der gemeinrechtlichen Strafen unbedingt, und die Gerichte sahen sich im Falle, zum Theil ganz neue zu schaffen, wo denn die Erfindung nicht immer sehr glücklich ausfiel [4]). Als aber die Regierungen selbst eingriffen, und allmälig gesetzlich ein neues Strafsystem sich ausbildete, so geschah dieß nicht auf gleichförmige Weise, und meist ohne alle genauere Bestimmungen über Koordination und Subordination der Strafmittel [5]). Je un-

---

1) Malblank. S. 233—236. Henke Gesch. II. S. 314 f. Ders. Hdb. I. § 18. not. 3. G.W. Böhmer Hdb. d. Liter. S. 191—205.

2) Eichhorn R.G. IV. § 620.

3) Malblank S. 224—231.

4) Wächter Gem. Recht. S. 126. 127. Spital bei magerer Kost. Wegemachen. Türk. Kriegsdienst. Galeeren. Abgabe an Werber.

5) Roßhirt III. S. 221—223.

gleicher aber die neuen Strafanstalten in den verschiedenen Ländern waren, um so mehr mußte die Praxis in Beziehung auf das Strafmaß sich partikularisiren. Die ihr aufgezwungene Willkür griff dann aber unbedenklich immer weiter um sich [1]), und rechtfertigte sich durch den immer tiefer klaffenden Widerspruch zwischen dem Inhalt des gemeinen Rechts und der gegenwärtigen Kulturstufe. Viele Todesstrafen kamen ab, und die meisten übrigen wurden arbiträr. Zugleich bildete sich für die gemeinrechtliche Praxis kein Anhaltspunkt mehr, wie sie ihn an Karpzov gehabt hatte. Der Geist der Zeit hätte sich keinem einzelnen dogmatischen Systeme mehr gebeugt [2]).

Die Doktrin des positiven Rechts trug ihrerseits nichts bei, diese Tendenz der Praxis zur Willkür und zum Partikularismus aufzuhalten; sie konnte dieselbe vielmehr nur beschleunigen. Zuvörderst traten nämlich zweierlei Richtungen hervor, deren eine sich der Herrschaft über die Gegenwart selbst begab, die andere aber in den Strudel der Praxis selbst mit fortgerissen wurde.

Die erstere hatte eine, dem unmittelbaren Leben abgewandte, einseitig wissenschaftliche Tendenz, indem sie sich bemühte, die gemeinrechtlichen Quellen aufzuhellen, und ein richtiges Verständniß derselben anzubahnen. Dieser geschichtlichen Richtung sind vornämlich die Kommentare zu der P.G.O. von Kreß [3]) und J. S. F. v. Böhmer [4]), zuzurechnen. Ein neues Leben und eine universellere Richtung erhielt dieselbe jedoch erst im 19ten Jahrhundert in der historischen Schule, theils nur als Reaction gegen die aus der Kantisch-Fichtischen Philosophie hervorgegangene, antigeschichtliche Tendenz [5]), theils als selbstbewußte Theilnahme an dem Bestreben der modernen Philosophie, die Geschichte der Wirklichkeit als den Proceß der Selbstentwicklung der Idee zu begreifen [6]). Diese Thätigkeit für die Quellen des gemeinen Rechts und seine Geschichte entwickelte sich

---

1) Man beruhigte sich auch wohl mit einer stillschweigenden Billigung des Gesetzgebers, da man meist den Gebrauch hatte, alle wichtigeren Kriminalurtheile den Regenten, die damals allein Gesetzgeber waren, zur Bestätigung vorzulegen.

2) Wächter a. a. O. S. 127—143.

3) J. P. Kress Comm. succ. in CCC. 1721. 1730. 1736. 1744. 1786.

4) Meditatt. in CCC. 1770. vgl. Wächter Gem. R. S. 131. not. 166. Für das römische Strafrecht that das Gleiche ein Ausländer, Matthaeus de criminibus. 1644. vgl. Roßhirt I. S. 314. 315.

5) Als Beispiel mag Roßhirt genannt sein; sodann Schröter, Jarcke, neuerdings Marezoll, Luden.

6) Als Hauptvertreter ist Abegg zu bezeichnen; sodann Henke, Klenze, Heffter.

nun freilich in ihrer vollen Verdienstlichkeit erst zu einer Zeit, wo der Untergang dieses gemeinen Rechts als solchen bereits entschieden war [1]). Gleichwohl war sie nicht allein an sich, — besonders wo sie zugleich die Dogmengeschichte mitbefaßte [2]), sondern auch durch die Materialien, welche sie für die Gesetzgebung lieferte, in hohem Grade schätzenswerth.

Die andere dogmatische Richtung dagegen theilte das Schicksal der Praxis, an welche sie zunächst sich anschloß. So vorübergehend daher ihr Werth war, so war er doch für die Zeit selbst nicht gering anzuschlagen. Es wurde jetzt, was im 17ten Jahrhundert versucht worden war, mit besseren Kräften unternommen, — das strafrechtliche Wissen zu systematisiren, den Stoff auf allgemeine Principien zurückzuführen und ihn eben dadurch neu zu gestalten [3]). Die Verwandlung des Gegebenen in Gedankenbestimmungen, die aus sich selbst leben, konnte aber freilich nur erst in mangelhafter und blos formalistischer Weise geschehen, so lange das wissenschaftliche Element eben nur in einer logischen Verbindung der als gegeben aufgenommenen Thatsachen gefunden wurde, wie dieß unter dem Einflusse der Wolffischen Philosophie herkömmlich war [4]). Das Verdienst der Richtung ging daher eben in der einfachen Thatsache auf, daß dem Strafrechte die wissenschaftliche Form gewonnen wurde. Ein Gewinn für die Erkenntniß des Geistes der gemeinrechtlichen Quellen und ihrer Geschichte konnte dabei um so weniger entstehen, je einseitiger sich eben jenes formalistische Interesse und daneben der Kitzel, im Einzelnen die Gesetze korrigiren zu wollen, geltend machte [5]). In der That findet sich auch das Studium der Geschichte des gemeinen Strafrechts im 18ten Jahrhundert gänzlich vernachlässigt; es wurde demselben nur durch die in anderen Interessen vorgenommenen Bemühungen um die Alterthümer des deutschen Rechts und seine lokale Entwicklungsgeschichte vorgearbeitet [6]).

---

1) vgl. die Bem. Wächters über das Schicksal der P.G.O. Gem. R. S. 109.

2) Vor Allen Wächter.

3) Klenze Lb. S. VIII. IX.

4) s. die Vorschläge von Nettelbladt in Plitts Repert. Bd. II.

5) selbst bei besseren Schriftstellern, wie Böhmer, der insbesondere mit seinen Obss. ad Carpz. 1759 auch in die vorliegende Kategorie gehört. vgl. Wächter a. a. O. S. 132. 133.

6) bes. Dreyer, Grupen, Ch. G. Biener, Heineccius, Senkenberg, Walch, Kopp, Wanck, Schmidt, Möser u. A.

Zwar wurde das Strafrecht schon früher nicht nur in Schriften abgesondert behandelt, sondern auch (schon im 16ten Jahrhundert) auf Universitäten abgesondert vorgetragen [1]), allein dieß geschah nach der Legalmethode, und, seit die Juristen sich einerseits in Civilisten und Germanisten, andrerseits in Civilisten und Publicisten zu scheiden begannen, war das Strafrecht in der Regel nur von den Civilisten in's Schlepptau genommen und so sein Zusammenhang mit dem öffentlichen Recht, und insbesondere mit der Gesammtheit des deutschen Rechts ganz in Vergessenheit gebracht, eben dadurch aber der Willkür der Praktiker das Geschäft sehr erleichtert worden [2]). Die Kompendien von dem oben bezeichneten Charakter beginnen mit dem Jahr 1729 [3]). — Die älteren davon sind noch sehr dürftig sowohl in philosophischer, als in historischer Hinsicht; die spätern zeigen einen Fortschritt mehr in letzterer, als in ersterer Beziehung, da man wenigstens die nächste Quelle, die P.G.O., besser zu behandeln anfing. Sie fallen aber großentheils in die Blüthenzeit der Wolffischen Philosophie, und tragen deren formalistischen, in Beziehung auf das Positive kleinmeisterlichen, in Beziehung auf den Begriff seichten Charakter [4]). Gerade der Mangel an philosophischem und geschichtlichem Halte erleichterte und beschleunigte aber ihre Theilnahme an der stets wachsenden Willkür der Praxis, welche sich hinwiederum auf die Auktorität dieser Doktrin stützte [5]). Die in der Praxis angesehensten Juristen aber, namentlich Schilter, Leyser, Hommel, brachten es doch nicht zu der Bedeutung, die Karpzov gehabt hatte, und konnten den Zerfall der Praxis in Partikularismus nicht aufhalten [6]). Jene Doktrinäre aber, die in Bund mit der Willkür der Praxis getreten waren, suchten zwar den Schaden zu verdecken, indem sie fortwährend von einer gemein-

---

1) Beispiele von Jena und Tübingen bei Wächter a. a. O. S. 95—97.

2) vgl. Roßhirt I. S. 309—312.

3) Gärtner, 1729. Kemmerich, 1731. Böhmer, 1733. Engau, 1738. Holland, 1739. Chr. F. G. Meister, 1755. Banniza, 1755. Koch, 1758. Richter, 1763. Quistorp, 1770. Püttmann, 1779. G. J. F. Meister, 1789. Baalzow, 1789. Klein, 1796. Kölle, 1797. Kramer, 1798. Gründler, 1798. Tittmann, 1800 (Hdbuch 1806—10, gehört nach anderer Seite der folgenden Periode an). vgl. Böhmer Hdb. d. Lit. § 82.

4) vgl. Roßhirt I. S. 307. 313. 314.

5) besonders Quistorp, und nachher Tittmann.

6) Wächter Gem. R. S. 131.

rechtlichen Praxis sprachen; allein diese bestand nur auf dem Papier, während sie in der Wirklichkeit geradezu unmöglich geworden war [1]).

Hiezu hatte gerade diejenige Richtung in der Wissenschaft beigetragen, welche das allein weitertreibende Element enthielt, die aus dem Schoße der kritischen Philosophie am Ende des 18ten Jahrhunderts hervorgegangene. Zwar hatte insonderheit Feuerbach den Versuch [2]) gemacht, die Praxis auf den Standpunkt des geschriebenen Rechts zurückzuführen [3]); allein mit um so weniger Erfolg, als er selbst in sehr wichtigen Punkten, z. B. in der Lehre von der Anwendung unbestimmter Strafgesetze, mit jenem Bestreben in offenen Widerspruch gerieth, und als der ganze Geist seiner Behandlung des positiven Rechts das Programm einer gänzlichen Rekonstruktion in sich schloß. In der That trug eben diese philosophische Richtung, wo sie auf das positive Recht angewandt wurde, vorzüglich dazu bei, diesem vollends allen positiven Kern zu rauben und ihn in kriminalpolitische Erwägungen zu verflüchtigen. Um so wohlthätiger war dagegen ihr Einfluß auf das Element der Gesetzgebung, von dessen Thätigkeit bei dem immer bodenloser werdenden Zustande des gemeinen Strafrechts allein Hülfe zu erwarten war.

Es hatte nun zwar in der Natur der bisher herrschend gewesenen Philosophie gelegen, auf die Doktrin und Praxis des positiven Rechts nur einen formellen und mannigfach beschränkten Einfluß auszuüben. Gleichwohl muß ihrer Thätigkeit eine mittelbare Wirkung zugeschrieben werden, ohne welche der rasche und durchgreifende Erfolg der aus der kritischen Philosophie ausgegangenen Bestrebungen sich nicht begreifen ließe. Sie streute den Samen des Kriticismus in kleinen Dosen aus, aber sie streute ihn in das allgemeine Bewußtsein, besonders unter die Staatsmänner und Geschäftsleute, und bereitete die Ansicht vor, daß rechtliche Institutionen sich nicht halten lassen, die mit den Forderungen der Vernunft nicht zusammenstimmen, woraus dann nothwendig die Folgerung entstand, daß man solchen Einrichtungen andere substituiren müsse, die ihre Rechtfertigung aber nur in der Autonomie der Vernunft zu suchen hätten.

---

1) A.M. sind die Meisten. s. jedoch den überzeugend geführten Beweis bei Wächter a. a. O. S. 135–143.

2) Dessen Verhältniß zu der legislativen Tendenz F's ist treffend angegeben von Roßhirt I. S. 332.

3) Niemand hat dies so bis aufs Extrem getrieben, wie Martin.

Wenn hiernach nicht davon die Rede sein kann, an dieser Stelle eine Geschichte der Philosophie des Strafrechts vor Kant einzuflechten, so wird es doch am Platze sein, den allgemeinen Gang der Ansichten anzudeuten, welche während des 18ten Jahrhunderts aus der Schule mehr und mehr in's Leben übergingen, theilweise schon selbst in der Doktrin des positiven Rechts und in gesetzgeberischen Erzeugnissen Eingang fanden, jedenfalls aber eine Stimmung der öffentlichen Meinung hervorriefen, welche im Anfange des folgenden Jahrhunderts dem Ruf nach neuen Gesetzgebungen über das Strafrecht als mächtigste Verbündete zur Seite trat.

Grotius [1]) war noch ein Januskopf, theils Philosoph, theils Jurist, theils Rationalist, theils Supranaturalist. So liegen denn bei ihm noch Momente beisammen, die später zu Principien divergirender Systeme erhoben wurden [2]). Insbesondere ist ihm der Staat nothwendig, als Bedingung zur Anerkennung des aus dem ursprünglichen Geselligkeitstrieb entstehenden Rechts [3]); zugleich kann aber eben nach diesem jus sociale alles positive Recht, mithin auch der Staat, nur als vertragsweise entstanden gedacht werden. Damit stimmt es zusammen, wenn er ebenso die absolute, wie die relative Nothwendigkeit der Strafe anerkennt, was bei ihm noch insbesondere dadurch motivirt ist, daß Moral und Recht (obgleich er von einem jus sociale strictum und laxius spricht [4]) bei ihm noch nicht wahrhaft geschieden sind. So stellt er denn zwei Grundsätze für das Strafrecht auf: 1) daß die Strafe die moralisch nothwendige Folge des Verbrechens sei, daß namentlich der Verbrecher sich nicht über dieselbe beschweren könne, da er durch die auf sich geladene Schuld in deren Folge eingewilligt habe [5]); 2) daß die Menschen einander gleich seien, daher es eine ungerechte Ueberhebung oder rohe Rache wäre, wenn einer über den andern Strafe verhängen dürfte, blos, quia peccatum est. Dieß dürfte daher nur um eines guten Zweckes willen geschehen [6]). Ein solcher Zweck beziehe sich aber theils a) auf den Verbrecher selbst, wo er nur der

1) vgl. Roßbach Perioden der Rechtsphilos. § 107—117.
2) vgl. auch Stein in seiner Rec. meiner Neuen Rev. Allg. Hall. Lit.Ztg. 1846.
3) De jure belli et pacis. Lib. I. c. 1. X. cf. Proleg. § 8. 11. 12.
4) Proleg. § 9. 10.
5) De jure belli et pacis. Lib. II. c. 20. I. II.
6) l. c. III—VI.

sein könne, diesen durch Züchtigung zu bessern, vorausgesetzt, daß der Strafende selbst schuldlos, vernünftig und ejusdem generis sei [1]), theils b) auf den, cujus interest non peccatum esse, für welchen der Zweck entstehe, sich gegen den Verbrecher und Andere zu sichern, gegen jenen durch Tödtung, Unschädlichmachung oder Abschreckungsstrafe, gegen diese durch das Exempel solcher Strafen. (Zu diesem Zwecke sei denn auch dem Verletzten die Strafe, d. h. Rache, nach dem Naturrechte erlaubt; weil aber hier leicht der Affekt bethöre, so sei es gut, daß der Staat die Sache übernommen habe, und die natürliche Freiheit tauche nur da wieder auf, wo es keine Gerichte gebe, z. B. auf dem Meere, in Einöden [2]). c) auf alle ohne Unterschied; hier trete derselbe Zweck ein, wie für den unmittelbar Verletzten; dieser berechtige denn auch wiederum nach dem Naturrechte einen Jeden zur Vollziehung der Strafe; nur habe wiederum der Staat mit Fug und Recht die Befugniß auf seine Gerichte reducirt, weil Untersuchung der That und Ausmessung der Strafe Unpartheilichkeit und große Intelligenz erfordere [3]). — Den Umfang des strafrechtlichen Gebiets beschreibend, schließt er aus: die actus mere interni, soweit sie nicht auf die externi Einfluß haben, die actus inevitabiles humanae naturae [4]), und solche Uebelthaten, die weder direkt noch indirekt einen Andern verletzen oder überhaupt auf die Gesellschaft sich beziehen [5]). — Bei der Frage, ob dem Strafrechte eine Pflicht zu strafen entspreche, unterscheidet er den Zustand vor gegebenem Strafgesetze, und den nachfolgenden; in jenem läßt er Alles auf die Zweckmäßigkeit ankommen; in diesem dagegen will er die Wirksamkeit des Gesetzes aufrecht erhalten wissen und nur ausnahmsweise Gnade eintreten lassen, z. B. wenn die Strafe sehr hart, das Verbrechen mehr aus Unwissenheit oder Dummheit entsprungen sei, ohne doch aller Schuld zu ermangeln ꝛc. [6]). — Bei der Frage über die Strafzumessung bestimmte er das Verhältniß dahin, daß der Grad der Schuld (meritum) die Strafrahme bilden, innerhalb dieser aber der größere oder geringere Nutzen entscheiden soll. In ersterer

1) l. c. VII.
2) l. c. VIII.
3) l. c. IX. XIII.
4) Er deutet hier das nachher so streitig gewordene Gebiet der zweifelhaften Zurechnung an.
5) l. c. XVIII—XX.
6) l. c. XXI—XXVII.

Beziehung mischt er sehr viel Moralisches ein; die letztere bezeichnet er näher dahin, daß es darauf ankomme, ob im einzelnen Falle die Liebe zum Verbrecher, oder die zu allen Uebrigen überwiegen müsse; hiernach müsse denn entweder die Tendenz zur Schonung (Besserung), oder aber die zur Sicherung und Abschreckung vorwalten [1]).

Je weniger diese Ansichten in spekulativer Form aufgetreten waren, um so größere Verbreitung wurde ihnen bei allen europäischen Nationen zu Theil [2]). Ihr Ansehen wurde aber noch befestigt [3]) durch die systematische Begründung, welche sie im Wesentlichen von Pufendorf [4]) erhielten, obgleich dieser im Bestreben, Grotius mit Hobbes zu vermitteln, von ersterem im Einzelnen mehrfach abwich. Trotzdem nämlich behielt Pufendorf die Grundlage des Grotius in der Hauptsache bei; er begann nur, das Recht bestimmter von der Moral loszulösen, indem er es auf den Eigennutz gründete, die Offenbarung als Rechtsquelle bestimmter abzuweisen, und die Nothwendigkeit des Staats als Mittels für die objektive Existenz und Subsistenz des Menschen stärker hervorzuheben [5]). Im Strafrecht insbesondere ging er über Grotius nicht hinaus.

Während nun aber diese naturrechtliche Theorie, die in Deutschland durch Thomasius, Cocceji, Gundling u. A. [6]) weiter gepflegt und wesentlich nur durch entschiedene Scheidung von Recht und Moral gefördert wurde, in weitesten Kreisen Anhang und Verbreitung fand, so nahm die Spekulation eine Richtung, die zunächst freilich die Grundlage jener noch am Gegebenen klebenden Weltansicht aufhob, gleichwohl aber auch durch den mäßigen und harmlosen Kriticismus, worin diese sich gefiel, die Geister für die Resultate ihres kühneren Gedankengangs vorbereitet fand. Von den drei eigenthümlichen Richtungen, in welche die gemeinsame Tendenz der Spekulation im 18ten Jahrhundert sich spaltete [7]), war es vornämlich der französisch-englische Materialismus, der am meisten und

---

1) l. c. XXVIII—XXXVI.
2) Warnkönig Rechtsphilosophie. S. 45.
3) ebend. S. 53. 54.
4) Roßbach a. a. O. § 120—126.
5) De jure naturae et gentium. Lib. II. c. 3. 6.
6) Roßbach a. a. O. § 127—132 (die Gegnerschaft der beiden Cocceji gegen Grotius und Pufendorf ist von sehr untergeordneter Bedeutung).
7) s. Meine Neue Revis. S. 790—805.

stärksten auf die öffentliche Meinung einwirkte [1]). Alle hieraus entsprungenen Lehren stimmen darin überein, daß sie die ideelle Wesenhaftigkeit des Sittlichen verneinen, und vielmehr im Rechte, wie in der Moral, von dem Individuum als einem bestimmten Gliede in der Reihe der Naturprodukte ausgehen, dem sein Wohl das einzige und höchste Gesetz sei, und welches eben in dem Bestreben, dieses sein Wohl zu realisiren, auf die Anerkennung gewisser moralischen und rechtlichen Gesetze und insbesondere auf die vertragsmäßige Errichtung des Staats geführt werde. Man pflegte dem Staate einen Naturzustand vorauszusetzen, dessen Vorstellung und Verhältniß zum socialen Leben auf's Verschiedenste ausfiel, je nachdem man der Natur des Menschen einen mehr materialistischen oder idealistischen Inhalt gab, und hiernach entweder den Staat als ein blos nothwendiges Uebel und drückendes Ich, oder als das Höhere und Werthvollere gegen den Naturzustand dachte. Jedenfalls sah man in ihm nur ein Produkt des gemeinsamen Willens der Menschen zum Wohle der Einzelnen oder der Gesellschaft; und je mannigfaltigere Interessen unter dem vieldeutigen Begriffe des Wohls sich zusammenfinden, um so verschiedenartiger konnte auch der Zweck des Staats und seiner einzelnen Institute bestimmt werden. So sehr sich hier noch die einzelnen Systeme von einander trennten, so fest hielten sie doch alle an dem Grundgedanken, daß Recht und Staat nicht Selbstzweck, sondern blos Mittel für das Wohl der Individuen und daher auch von der Autonomie des Willens dieser Individuen abhängig seien. Die Folgerung für das Strafrecht war, daß auch dieses keine Nothwendigkeit in sich habe, das Verbrechen daher nur als gefährliche Handlung gelten konnte, welches die gemeine Wohlfahrt bedrohe und darum nicht geduldet werden könne.

Indessen waren es nicht sowohl die specifischen Begründungen des Strafrechts in diesen Schriften, was die Geister gefangen nahm, als vielmehr der allgemeine Geist derselben, in welchem die überall vorhandene Unzufriedenheit mit morschgewordenen Rechts- und Staatszuständen ihren scharfen und energischen Ausdruck fand. Nur in diesem Sinne wirkte auch Beccaria in besonderer Be-

1) vgl. Weitzel Gesch. d. Staatswissenschaft I. S. 304—343. Schlosser Gesch. d. 18. J.Hs. I. S. 477—520. Lerminier de l'influence de la philos. du 18. siècle.

ziehung auf Strafrecht und Proceß [1]). Jener Geist war nicht mehr der zahme, in kleinen Plänkeleien gegen das Bestehende sich gefallende Geist des Naturrechts, sondern der revolutionäre Geist einer umfassenden, in der Geschichte der Philosophie mit Nothwendigkeit hervorgetretenen Weltansicht. In der Beziehung auf Recht und Staat trafen aber insbesondere die Philosophie des Materialismus, namentlich die von Rousseau's Farbe, bei aller Divergenz im Einzelnen, nahe genug mit dem in der deutschen Wissenschaft als Revolution hervortretenden Kriticismus und dem daraus hervorgehenden, subjektiven Idealismus zusammen. So verschieden nämlich das Ich ist, von dem die einen und die andern ausgehen, so verschieden daher auch die Schöpfung des allgemeinen Willens bei den einen und den andern ausfallen mußte, so haben sie doch dieß gemein, daß sie Recht und Staat zum bloßen Mittel und Produkt des als absolut vorausgesetzten Ichs machen, daher auch auf Vertrag gründen, und als nächsten Zweck des Staats nur die Sicherheit der Person und des Eigenthums aufstellen. Obgleich daher die deutschen Idealisten nicht von dem empirisch-egoistischen Ich der romanischen Philosophie ausgehen, daher auch als den Inhalt des Staats, nicht blos das einfache oder multiplicirte Wohl des empirischen Individuums setzen, da vielmehr als das zu realisirende Wohl des Ichs von ihnen eben nur das Recht, als die vernünftige Regel des socialen Lebens, bezeichnet und somit nicht um des Nutzens willen das Recht (als nothwendiges Uebel) zugelassen, sondern das Recht als das allein Nützliche gefordert wird, so war ihnen doch, neben der allgemeinen Grundlage, mit den romanischen Philosophen auch die feindselige Stellung gegen die bestehende Wirklichkeit, die Auffassung der Idee in der Form des Ideals, und daher die ausgesprochene oder verschwiegene Forderung gemein, die schlechte Wirklichkeit diesem Ideale gemäß umzugestalten. Darin waren sie denn gleichfalls weit über ihre deutschen Vorgänger hinausgegangen. Gleichwohl aber waren auch für ihre Lehren eben durch diese Vorgänger die Geister allmälig vorbereitet, und, was die Begründung des Strafrechts insbesondere betrifft, dafür bereits eingeschult worden.

In Deutschland hatte nämlich die Reihe der das Naturrecht

---

1) Durch die gewandte Polemik gegen Tortur, Kabinetsjustiz, bestehende Strafmittel, herkömmlichen Proceßschlendrian ꝛc.

pflegenden Philosophen sich mit Wolff geschlossen [1]), dessen Lehre ihrem ganzen Charakter gemäß das breiteste Publikum finden konnte und fand [2]). Einerseits schloß sie sich an den von Grotius angeregten und seitdem von Pufendorf, Thomasius ꝛc. weiter gepflegten Gedankenzug, andererseits suchte sie auch höhere Ansprüche zu befriedigen, indem sie sich als Verarbeitung Leibnitzscher Ideen angesehen wissen wollte. Jedenfalls sagte sie der Menge der Gebildeten dadurch zu, daß sie die gegebene Wirklichkeit anerkannte und diese nur vernünftig zu begründen, dabei aber zugleich ihren gesammten Reichthum methodisch zu systematisiren unternahm; wodurch freilich nur eine innerlich flache Formular- und Popular-Philosophie herauskommen konnte. Es war nach und nach aller transcendente Ursprung des Rechts beseitigt und das Recht immer genauer von der Moral geschieden worden. Da man von einem gegebenen Realprincip nicht loskommen konnte, noch wollte, so suchte man doch ein möglichst abstraktes, formelles, und deßhalb umfassendes aufzustellen, was denn Wolff in dem ursprünglichen Vervollkommnungstriebe zu finden glaubte, — ein Princip, wie es für die Aufklärungsperiode nicht glücklicher hätte getroffen werden können. Indem nun das Realprincip ganz in die menschliche Natur verlegt war, vom Individuum ausgegangen und die Entstehung des Staats auf den Vertrag gegründet wurde, so kam diese Ansicht der modernen schon sehr nahe, obwohl sie das Recht noch aus der Pflicht deducirte und so noch einigermaßen an seiner Substantialität festhielt, daher auch dem Vertragsprincip noch nichts von praktischen Konsequenzen abgewann. Gegenüber von Grotius war man in der Lossagung von aller Transcendenz, Vermischung von Recht und Moral, zugleich aber auch von der Auffassung der substantiellen Natur des Staats sehr weit vorangeschritten, und schon ganz dabei, den Staat als polizeiliche Sicherungsanstalt zu begreifen. Dieß zeigt sich auch in der Auffassung des Strafrechts. Die moralische Grundlage, die es bei Grotius noch hatte, ist aufgehoben; es soll dem Verstande einleuchten; der Verstand aber verwirft alles Handeln ohne Zweck. Da es nun zwecklos ist, Uebel um Uebelswillen zuzufügen, so kann Talion und Rache durch das Recht der Natur nicht gestattet sein. Dagegen erscheint es als ein natürliches Recht,

1) Roßbach a. a. O. § 134—141.
2) Warnkönig Rechtsphil. S. 69—74.

gegen Unrecht sich selbst zu wehren und sich Schadensersatz zu verschaffen. Das Unrecht ist aber theils reparabel, theils irreparabel. Bei letzterem verwandelt sich der Schadensersatz in Strafe. Denn zwar das Vergangene kann nicht mehr vergütet werden; aber aus dem Vergangenen droht künftiger Schaden, und dieser darf abgewendet werden. Dieß kann aber nur durch Zufügung eines Uebels geschehen, wodurch man sich gegen den Verbrecher sichert und Andere abschreckt. Somit ist die Strafe Abwehr von Unrecht, Sicherung gegen Schaden. Es wird also hier dem sittlichen Ursprung des Strafrechts sein Nutzen substituirt, und anstatt der Schuld der Schaden als die Hauptsache genommen; und zwar nicht nur der wirkliche, sondern auch der mögliche; d. h. auch das Strafmaß bestimmt sich aus dem Gesichtspunkte der Polizei, während das Verbrechen wesentlich nur als Privatverletzung gilt, die aber zugleich als gemeingefährliche Handlung in Betrachtung kommt. Denn die Uebertragung des natürlichen Selbstvertheidigungsrechts an den Staat ändert am Wesen des Strafrechts nichts. Mithin ist hier im privatrechtlichen und polizeilichen Gesichtspunkt alles Andere absorbirt.

Der Empirismus und Formalismus dieser Philosophie machte sie sehr geschickt, zum bloßen Rahmen für die Darstellung des positiven Rechts in seinen gegebenen Resultaten zu dienen, wie denn auch die meisten der o. a. Lehrbücher aus der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts eben nichts Anderes sind, als solche Verbrämungen des positiven Rechts mit Wolffischem Schulraisonnement. An der bestehenden Wirklichkeit wollte man nur im Einzelnen herumbessern. Wenn nun gleichwohl auch diese Philosophie das Losungswort des vernünftigen Fortschritts aussprach, daher auch die ersten philosophischen Gesetzgebungsexperimente der von ihr beherrschten Aufklärungsperiode angehören, so bildete doch gleichwohl der Wechsel des Jahrhunderts einen entschiedenen Wendepunkt, sofern die neue Philosophie [1]) sofort eine ganz andere Stellung zur Wirklichkeit einnahm, und nun nicht mehr von „vernünftigen Gedanken" über dieß und jenes, sondern von völlig neuen Schöpfungen aus der Autonomie der denkenden Vernunft heraus die Rede wurde.

Die Gesetzgebungen, seit der Mitte des 18ten Jahrhunderts,

---

1) Das Nähere über diese s. in Meiner Neuen Rev. S. 805—819.

scheiden sich hiernach in verschiedene Klassen. Die früheren haben ihre Quelle noch ganz im positiven gemeinen Recht, und fixiren nur dessen partikulären Gerichtsgebrauch. Damit halfen sie nun freilich für ihre Territorien der allgemeinen Rechtsunsicherheit ab, rissen aber auch zugleich die Rechtsbildung ganz aus dem gemeinrechtlichen Entwicklungsgange los. Gerade der Umstand aber, daß das gesetzgeberische Element jetzt überall nur noch partikularrechtlich thätig wurde und werden konnte, wirkte auch wieder auf die ohnedies vorhandene partikularisirende Tendenz der Praxis zurück. Nicht nur nämlich, daß überhaupt ein der P.G.O. derogirendes, wahres gemeines Gewohnheitsrecht nur in den gröbsten Umrissen sich nachweisen ließ [1]), daß auch das Institut der Aktenversendung allmälig Beschränkungen erlitt, und in den einzelnen Ländern nicht selten die Kabinetsjustiz sich in die Strafrechtspflege mischte, überdies aber die Praxis des einen Landes in der Regel gar keine Kenntniß von der Praxis der übrigen erhielt [2]), — sondern je mehr nun in einzelnen und gerade den bedeutendsten Territorien partikuläre Gesetzgebungen entstanden, um so mehr wurde das gemeine Recht in den ihm noch übrigen Ländern zur Bedeutung eines bloßen Territorialrechts zurückgedrängt [3]), da man von einer gemeinrechtlichen Gesetzgebung ohnedies fast schon die Erinnerung verloren hatte. Zu den gedachten Gesetzgebungen gehört nun 1) der Codex juris Bavarici criminalis vom J. 1751 [4]), vornämlich geschöpft aus dem römischen Rechte, der P.G.O., dem bayr. L.R. v. 1616, und aus der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis seiner Zeit, insbesondere aus Karpzov, Kreß und Leyser; 2) die Constitutio criminalis Theresiana für Oestreich v. J. 1768 [5]), eine Kombination der bisherigen verschiedenen Landesrechte, in niedriger Bildungsstufe sowie darin, daß das gemeine Recht aufgehoben wurde, dem bayrischen Coder gleich. Wenn nun in diesen Gesetzgebungen der Standpunkt der durch

---

1) Wächter Gem. Recht S. 135. 136.

2) Ebend. S. 140.

3) Ebend. S. 164—168.

4) vgl. bes. die, als histor. Dokument werthvollen, Anm. dazu von seinem Hauptverf., v. Kreittmayr. München 1756. vgl. Ligowsky Gesch. des bair. Krim.rechts. Henke Gesch. II. S. 415 f. Wächter a. a. O. S. 155—157. Im J. 1778 wurde der Coder auch in den Herzogthümern Neuburg und Sulzbach eingeführt.

5) vgl. Henke Gesch. II. S. 406 f. Böhmer Hdb. d. Lit. S. 111 f.

Karpzov beherrschten, unphilosophischen, dogmatisch-praktischen Entwicklungsperiode fixirt erscheint, so hatten dagegen die folgenden bereits den philosophischen Geist der Zeit in sich, und wurden dadurch zum Ausdruck bestimmter wissenschaftlicher Epochen.

In die Epoche der Wolffischen Philosophie und der von ihr bestimmten Aufklärungsperiode fallen: Der Strafkoder für Toskana v. 1786 [1]), und in Deutschland selbst: a) Die Gesetzgebung Josephs II. für Oestreich 1787 und 1788 [2]), das unverkennbarste Produkt des den Staat als polizeiliche Sicherungs- und Beglückungsanstalt, daher die Strafe bloß unter dem Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit, insonderheit der Prävention auffassenden Zeitgeistes; charakteristisch ist vornämlich die Behandlung der die Religion, und der die Familie betreffenden Verbrechen, die Sparsamkeit mit der Todesstrafe, und die theilweise Ersetzung derselben durch grausam eingerichtete Arbeitsstrafen, die Unterscheidung zwischen Kriminalverbrechen und Polizei- (politischen) Vergehen. Das Gesetzbuch wurde jedoch verdrängt durch die b) Gesetzgebung Franz II. vom J. 1803 [3]), welche eine bedeutende Reaktion gegen die Josephinische Philanthropie enthält, indem sie die Todesstrafe in großem Umfang wieder aufnimmt, ohne darum jene andern grausamen Strafmittel aufzugeben, überhaupt die Sicherungs- und Abschreckungstendenz im Uebermaaß vorwalten läßt und dabei die der Besserung kaum berücksichtigt, woneben sie den Unterschied zwischen Verbrechen und Polizeiübertretungen sehr ungenügend bestimmt, und dem richterlichen Ermessen zu viel überläßt [4]); c) das preuß. allg. Landrecht v. 1794

1) Schlözer Staatsanzeigen X. S. 318—393. vgl. Carmignani in der Zeitschr. f. ausl. Ges.gbg u. R.Wiss. II. nr. 20.

2) Allg. Gesetz über Verbrechen und deren Bestrafung. 1787. Neue Josephinische P.G.O. 1788. vgl. Böhmer Hdb. d. Lit. S. 113 f. Henke Hdb. I. § 26. Ders. Gesch. II. S. 407. Jarcke Hdb. I. § 12.

3) Gesetzbuch üb. Verbrechen; und G.B. über schwere Polizeiübertretungen. 1803. vgl. v. Zeiller Vorbereitung zur neuesten östr. Gesetzeskunde. 1810. Ders. Jährl. Beitr. zur Rechtskunde in d. östr. Erbstaaten. 1806 ff. v. Egger Kurze Erklärung des östr. Gb. üb. Verbr. 1816. Jenull das östr. Krim.recht. Vorschitzky Hdb. d. östr. Gbs üb. Verbr. Pratobevera Materialien zur Gesetzeskunde in Oestr. 1816 f. Wagner Zeitschr. f. östr. Rechtsgel. seit 1825. Waser das Strafges. üb. Verbr. 1839. v. Wildtner Zeitschr. der Jurist. seit 1839. Maucher System. Hdb. d. östr. Strafges. 1844. vgl. auch v. Jüttlinger Darstellung der Lit. des östr. Gbs üb. Verbr. 1833.

4) Tafinger über d. Idee einer Krim.Ges.gbg. S. 95 ff. Henke Beitr. zur Krim.ges.gbg. Gönner im Arch. f. Ges.gebung. 1808. Bd. I. H. 1. 2.

(Thl. II. Tit 20). In dem zu Deutschland gehörigen preußischen Staatsgebiet hatte bis dahin die P.G.O. als allgemeines Recht gegolten [1]), und noch im J. 1736 hatte man den Plan gehabt, ein Gesetzbuch in Form einer einfachen Revision der CCC. zu veranstalten, der jedoch nicht zur Ausführung kam [2]). Im eigentlichen Herzogthum Preußen [3]) hatte zwar seit 1620 ein eigenes, im J. 1684, und neuerdings i. J. 1721 revidirtes Landrecht bestanden; dasselbe wich jedoch im Wesentlichen von dem gemeinen Recht und seiner Praxis, sowie von dem in den andern preußischen Ländern geltenden Rechte nicht ab, stimmte vielmehr sogar vielfach wörtlich mit der CCC. und der Brandenburgensis überein. Das Allg. LR. [4]) ist nun zwar in seinem strafrechtlichen Theile gleichfalls großentheils auf das gemeine Recht gemäß seiner Theorie und Praxis am Ende des 18ten Jahrhunderts gebaut. Allein schon die Gesetze Friedrichs II. hatten den Geist ausgesprochen, der ob. als der Charakter der Gesetzgebung Josephs II. bezeichnet wurde; derselbe stellt sich auch in dem Allg. L.R. dar. Die Auffassung des Staats als Polizeistaats erhellt aus der aufgehobenen Grenze zwischen Verbrechen und Polizeivergehen, aus der Abstufung der verschiedenen Verbrechen nach ihrer Strafbarkeit, wobei die das Privat- und Gemeinwohl angreifenden am härtesten, dagegen die gegen das sittliche Recht der Familie, der Kirche, begangenen am leichtesten wegkommen, und in dem unläugbaren Hervortreten des Sicherungs- und Abschreckungszwecks, obgleich nicht gesagt werden kann, daß das Gesetzbuch einzig auf diese Zwecke gegründet sei [5]); d) die peinliche

---

Henke Gesch. II. S. 409 f. Eichhorn R.G. IV. § 620. Abegg Strafrechtstheor. § 37. Roßhirt I. S. 328—330. Mittermaier die Strafges. in ihrer Fortbildung. I. S. 11—14. Anders urtheilt Wächter a. a. O. S. 161 ob.

1) in Schlesien die P.G.O. Josephs I. v. 1708. Klein im Alten Arch. I. S. 119.

2) Abegg Gesch. der Strafges.gbg in den Brandenb. preuss. Landen S. 80. 81. 88. Ders. Strafrechtsth. S. 144—148.

3) Abegg Gesch. S. 105—128. Ders. Strafr.theor. S. 148—151.

4) vgl. Matthis jurist. Monatsschrift. IV. S. 232. (Oswald) Glossen zum preuss. Krim.R. 1818. Berger Rep. d. preuss. Krim.R. 1819. v. Strombeck Ergänzungen des preuss. Krim.R. 2 Thle. 1827 (3. Aufl.). Klein Annal. der Gesetzkunde, seit 1788. 26 Bde. v. Kamptz Jahrbücher f. d. preuss. Gesetzgebung, seit 1813. Hitzig Zeitschr. f. d. preuss. Krim.Rechtspfl. seit 1825. Richter das preuss. StrafR. Paul Allg. Krim.R. f. d. preuss. Staaten. 1837. Temme Hdb. d. preuss. Krim.R. 1837. Wentzel d. preuss. StrafR. 1837. Mannkopf Jahrb. f. d. Krim.rechtspfl. in den preuss. St. seit 1840.

5) A.M. Abegg Strafr.theor. S. 151—162, doch nicht ohne die triftigsten

Gesetzgebung für Bamberg v. 1795[1]). Zu dieser wurde der Entwurf größtentheils wörtlich aus demjenigen genommen, welchen Quistorp für Mecklenburg verfaßt hatte[2]). Diese Entwürfe aber, wie die Schrift von Nettelbladt, welche in Rußland durch Katharina II. gesetzliches Ansehen erhielt, waren recht aus dem Schooße der Wolffischen Philosophie ausgegangen. Dasselbe ist aber auch bei dem östreichischen, wie bei dem preußischen Gesetzbuch durch den Antheil bezeichnet, den von v. Zeiller und Klein an der Abfassung des einen und des andern nahmen, wie denn der Letztere sein Naturrecht geradezu als Einleitung zum Allg. L.R. empfahl. Das Ende des 18ten Jahrhunderts war außerordentlich fruchtbar an solchen Entwürfen und Verbesserungs-Vorschlägen, die nicht über den Gesichtskreis jener allgemeinen Aufklärungstendenz hinausstreben[3]).

Einen wesentlich verschiedenen Charakter hat dagegen die aus dem Schooße der kritischen Philosophie hervorgegangene bayrische Strafgesetzgebung v. J. 1813[4]). Den Uebergang zu dieser Behandlungsweise bildeten die Darstellungen des Strafrechts von Stübel, Kleinschrod, Grolman[5]), welche sämmtlich schon dem positiven Strafrechte ein philosophisches aus Einem Gusse als Ideal gegenüberzustellen unternahmen und nur die praktische Consequenz noch nicht zogen, welche Feuerbach[6]) zog, daß diesem Ideal die Wirklichkeit adäquat gemacht werden müsse. Das Ver-

---

Konceſſionen. vgl. Henke Beitr. z. Krim.Gef.gbg. Jarcke in Hitzigs Ztschr. IV. S. 368 f. Roßhirt I. S. 325—327. Mittermaier d. Strafges.gbg in ihrer Fortbildg. I. S. 9—11. v. Arnim Bruchstücke üb. Verbr. u. Strafen I. S. 18 f.

1) vgl. Pflaum Entw. zur neuen Bamb. peinl. Ges.Gbg. 1792. 1793.

2) weiter ausgeführt in s. Ausführl. Entw. z. einem Ges.buch in peinl. Sachen. 1782.

3) s. z. B. die Liste bei Malblank Gesch. der P.G.O. S. 258—265.

4) Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern München 1813. Anmerkungen dazu nach den Protokollen der Geheimerathe. 1813. 1814. vgl. Gönner u. Schmidtlein Jahrb. d. Ges.gbg in Baiern. 3 Bde. 1818—1820. Zurhein Ztschr. f. Theorie u. Praxis des bair. R. 1835. 2 Bde. Seuffert Blätter f. Rechtsanwendung in Baiern seit 1836.

5). Stübel System d. Allg. peinl. R. Bd. 2. Kleinschrod Syst. Entw. d. Grundbegriffe 3 Bde. Grolman Grdsätze der Strafrechtswiss. § 1—121. vgl. auch K. S. Zachariä Anfangsgründe des philos. Krim.rechts. Salchow Darstellung der Lehre v. Verbr.

6) s. bes. seine Revision, seinen Antihobbes, seine Aufsätze in der Bibl. f. peinl. Rswiss.

hältniß stellt sich am bezeichnendsten dar in Kleinschrods[1]) Entwurf eines Gesetzbuchs für die kurpfalzbairischen Staaten und Feuerbachs scharfer Kritik desselben, deren positive Seite sofort in seinem eigenen Entwurfe[2]) und dem wesentlich hierauf gebauten bairischen Strafgesetzbuch sich darstellte. Dieses ist, abgesehen von den Modifikationen, die es gegen den Willen Feuerbachs erhielt, eine consequente Ausführung seiner Rechtsphilosophie (nicht etwa bloß der sog. Abschreckungstheorie), darum freilich einseitig, wie jene Philosophie selbst, und sehr bald der gesetzlichen Nachhilfe bedürftig[3]). Gleichwohl war diese legislative Erscheinung von der höchsten Bedeutung dadurch, daß sie zuerst thatsächlich dem Gedanken das Recht vindicirte, die Wirklichkeit zu bestimmen. Dies Verdienst bleibt ihr, wenn auch alles Einzelne an ihr untergeht. Denn sie ist dadurch die Chorführerin aller neueren Kodifikationen geworden und hat jenes Recht der von der Fessel des Stoffs freigewordenen Wissenschaft zur bejahenden Entscheidung gebracht. Allerdings mußte die Ausführung in demselben Maaße unpraktisch ausfallen, als ihr Princip einseitig und darum unpraktisch war[4]). Daher mußte nicht nur sehr bald durch Novellen nachgeholfen, sondern auch an neue Entwürfe gedacht werden[5]). Die besonderen Mängel aber, welche man vom Standpunkte des konkreten Lebens aus dem Gesetzbuch vorzuwerfen berechtigt war[6]), sind eben nur die Consequenzen jener

---

1) 1802. Feuerbach Kritik des Kleinschrod'schen Entw. 3 Bde. 1804 f. s. Böhmer Hdb. d. Lit. S. 124. 125.

2) 1810. vgl. Tafinger Ueb. d. Idee einer Krim.Ges.Gbg. S. 277 f.

3) s. die Novellen in der lithogr. Sammlung der wichtigsten K. Reskripte in Bez. auf das StrafG.B. u. bei Doppelmair Sammlg der Erläuterungen u. Reskr. 1824.

4) s. darüber Meine Neue Revis. S. 809—811.

5) Entwurf von Gönner 1822. Dessen Kritik bei Oersted Abh. aus d. Geb. der Moral ꝛc., Bd. 2. 3. 1823. 1826. Revid. Entwurf 1827. Motive dazu. 1827. vgl. v. Schmidtlein Prüf. u. Erörtergn. 1828. Entwurf eines StrafGB. 1831. Motive 1831. Mittermaier im N. Arch. VI. 173 f. vgl. Kappler Hdb. d. Lit. § 52. Entw. v. 1843.

6) vgl. z. B. Gönner im N. Arch. VIII. S. 1 f. Mittermaier ebend. II. S. 54 f. eb. VI. 378 f. Mittermaier in den krim. Beitr. v. Trummer ꝛc. I. nr. 16. Ders. üb. d. Grundfehler ꝛc. Ders. D. Strafges.gbg in ihrer Fortbildung. I. S. 18—24. Abegg Strafr.theor. § 38. Ders. Tüb. Krit. Ztschr. II. S. 459 f. G. F. Puchta Encykl. S. 66. 67. überh. Böhmer Hdb. d. Lit. § 30. — Erfahrungen der Praxis in den Aufsätzen von Arnold im N. Arch. 1843. vgl. noch Mittermaier D. StrafGes.Gebung ꝛc. II. S. 179—192 (dort auch über den Entw. v. 1843).

wissenschaftlichen Einseitigkeit, welche mit dem Princip des subjectiven Idealismus nothwendig gegeben war, und sich in den zwei Hauptrichtungen äußerte, daß sie einmal die Idee überhaupt nur in der Form des der Wirklichkeit und damit dem geschichtlich gegebenen Entwicklungsgang feindlichen Ideals auffaßte, und daß sie zweitens in dem Begriff der Strafe selbst nur Eine Seite, die relative, als deren Absolutes hervorhob, was freilich wieder nothwendig mit der gesammten Rechts- und Staatsanschauung einer vom Ich ausgehenden Philosophie zusammenhing.

Eben um dieses Ursprungs willen ist das bayrische Strafgesetzbuch nahe verwandt mit dem durch die politischen Stürme des 19ten Jahrhunderts auch auf die deutschen Rheinlande herübergetragenen französischen Strafgesetzbuch von 1810 [1]), welches seinerseits als Produkt der oben angedeuteten, dem deutschen Kriticismus parallelgehenden, Entwicklung der romanischen Philosophie im 18ten Jahrhundert zum materialistischen Utilitätssystem in Sachen von Recht und Staat zu bezeichnen ist [2]). Beide Gesetzbücher haben ihr Recht in der angeführten Vindikation des Principats für den Gedanken, und eben hiemit haben sie mächtig bestimmend auf die Folgezeit gewirkt.

Insbesondere sind in Deutschland dem bayrischen Gesetzbuch eine ganze Reihe von Entwürfen zu Strafgesetzbüchern gefolgt, die größtentheils Gesetzeskraft erlangt haben [3]). Diese neueren Gesetzbücher gehören sämmtlich einer wissenschaftlichen Uebergangsperiode an. Ohne sich geradezu dem als Gegensatz gegen den subjectiven Idealismus aufgetretenen, objectiven Idealismus anzuschließen, huldigen sie doch dessen Grundsätzen in doppelter Richtung wenigstens indirekt, indem sie einmal von der abstrakten Tendenz, die Wirklichkeit lediglich nach einem aus der subjektiven Vernunft hervorgesponnenen Ideale zu bestimmen, zurückgekommen sind, und wenigstens neben den mancherlei Zwecken her, die sie als Erbschaft

1) Ueber den Einfluß des Code pénal auf deutsche Strafgesetzgebungen s. Mittermaier im N. Arch. III. 604. IV. 1. 157. Ders. in der Ztschr. f. ausl. Ges.gbg. I. 385. II. 100. 169. 328. III. 414. IV. 413 f. V. 112 f. Geib im N. Arch. 1836. S. 223. Wächter Gem. R. S. 253.

2) Mittermaier Die Strafgesetzgbg in ihrer Fortb. I. S. 2. 3. 15—18. 109—115. II. S. 244—269. vgl. bes. die Théorie du Code pén. v. Chauveau u. F. Hélie 8 Bde. 1836—1842. Rauter Traité du droit crim. Sellyer Traité du droit crim. VI Bde. 1844. Morin Journ. du droit crim.

3) s. unten.

aus der Feuerbach-Grolman'schen Zeit noch beibehalten haben, der geschichtlich gewordenen Entwicklung wieder ihr Recht zukommen lassen (in welcher Beziehung sie durch die geschichtlichen und dogmengeschichtlichen Bestrebungen der neueren Kriminalisten wesentlich gefördert worden sind), — und indem sie zweitens von dem immer deutlicher gewordenen, besonders von Mittermaier hervorgehobenen Bewußtsein ausgehen, daß der volle Begriff der Strafe sich nicht in dem einen oder andern der damit zu erreichenden Zwecke, sondern nur in deren Totalität erschöpfe, welche Einsicht freilich vorerst noch nicht zu einer organischen Erkenntniß der vollen Idee der Strafe, sondern nur zu einem, durch das vage Princip der Gerechtigkeit übertünchten, mehr oder weniger noch ganz von dem Geiste der abgelaufenen Periode beherrschten, und eben darum auch von dem Einflusse der einseitigen Abschreckungstendenz noch keineswegs freigewordenen, Eklekticismus geführt hat [1]).

Durch die förmliche Auflösung des deutschen Reichs i. J. 1806 hatte sich indessen im inneren Rechtszustande der einzelnen Territorien nur wenig verändert, im Strafrechte insbesondere nur das, was sich auf das Reichsverhältniß bezogen hatte [2]). Allein das gemeine Strafrecht, welches bis dahin doch immer noch für den dritten Theil des gesammten Deutschlands formell gemeines Recht gewesen war, trat nun für die Länder, in welchen es fortbestand, auch formell in die Kategorie eines bloßen Territorialrechts [3]). Es blieb zwar noch materiell gemeines Recht, und trug eine gemeinsame Wissenschaft, deren Lebensfaden auch in den Gebieten, welche besondere Strafgesetzgebungen hatten, keineswegs ganz abgeschnitten war [4]). Von einer ferneren gemeinrechtlichen Praxis konnte dagegen nicht mehr die Rede sein, weil es an dem gemeinsamen Staatsverbande fehlte, der ihr allein hätte formell rechtlichen Bestand geben können. Das gemeine deutsche Strafrecht, dem seit 56 Jahren auf zwei Drittheilen seines Gebiets nach und nach durch vollständige Partikulargesetzgebungen derogirt worden war, fiel seit 1806 als solches gänzlich der Geschichte anheim [5]).

1) s. die Vorbem. vor Meiner Neuen Revision, vgl. mit § 205—207.
2) Kleinschrod im A. A. VII.
3) Wächter Gem. R. S. 169—177 und Feuerbach u. Martin ib. citt.
4) am meisten war es in den Rheinlanden und in Oestreich der Fall.
5) vgl. Wächter Gem. R. S. 177—219.

Blickt man von diesem Standpunkte aus auf die bisherige Entwicklung zurück, so sieht man in der ältesten Zeit bis zur fränkischen Monarchie zunächst auf der Grundlage des gemeinsamen Volksthums bei allen germanischen Stämmen ein in allen wesentlichen Grundzügen übereinstimmendes, faktisch gemeinsames Recht sich bilden [1]). Das staatliche Band, welches sofort die germanischen Stämme des Kontinents umfing, fügte zu der faktischen Gemeinsamkeit des Rechts auch eine formell juristische in den Kapitularien, deren weitem räumlichem Umfange nur freilich die materielle Reichhaltigkeit entfernt nicht entsprach [2]). Das Element des Partikularismus blieb weitaus das vorherrschende, und blieb es auch von dem Zeitpunkte an, wo aus dem sich auflösenden fränkischen Reiche ein deutsches Reich sich absonderte. Wenn nun durch diese Absonderung zunächst alle formelle Rechtseinheit des deutschen Gebiets mit den übrigen germanischen Gebieten aufhörte, so war dies doch nicht ebenso mit der faktischen Gemeinsamkeit des Rechts der Fall. Denn, wie in Deutschland selbst das größtentheils partikulärer Ausbildung überlassene Recht gleichwohl den Typus der nationalen Einheit bewahrte, so blieb auch die Ausbildung desselben in den übrigen aus dem fränkischen Reiche hervorgegangenen Staaten noch vielfach eine der deutschen nahe verwandte [3]), selbst in Frankreich, bis es nach und nach sich eigenartiger entwickelte, noch weit mehr aber bei solchen Stämmen, die auch als Angehörige fremder Staaten den germanisch-deutschen Charakter intensiver bewahrten, wie besonders die Flamänder. Eben dies ist denn auch der Grund, weshalb die Geschichte des Flandrischen Rechts [4]) ein vorzügliches Hilfsmittel zur Erkenntniß der deutschen Rechtsgeschichte bildet; insbesondere

1) Stein Franz. R.G. III. S. 6.

2) Ueber den Charakter des Reichs Karls d. Gr. ebend. S. 7. 8.

3) vgl. den dem Glanvilla zugeschriebenen Traktat, die Assisen von Jerusalem, die Constitutiones regni Siciliae, und das Ley de las Siete Partidas. Zöpfl R.G. II. 1. S. 160—169.

4) s. deshalb Warnkönig Flandr. St. u. R.G. III. S. 151—263 (Darstellung des flandr. Strafrechts im 12. u. 13. J.H.). Daran schließen sich für die spätere Zeit J. B. Cannaert Bydr. tot Kennis van het oude Strafr. v. Vlaenderen. 1835. I; für das 16. J.H. der mit der P.G.O. gleichzeitige Jod. Damhouder Praxis rer. crim. 1554 u. öfter; für die folgende Zeit, wo auch die P.G.O. auswärts Eingang erhielt, Sohet Institutes de droit pour le pays de Liége. l. V. t. 35 f. Wynants Rep. cur. brab. dec. II. 257 (Tract. de publ. jud.).

im Strafrecht läßt sich der ganz parallele Entwicklungsgang von der Zeit der Kapitularien an bis zum Ende des 16ten Jahrhunderts verfolgen, wo durch Philipp II. ein der Karolina entsprechendes, umfassendes Strafgesetz gegeben wurde [1]).

Wohl aber unterscheidet sich seit jenem Zeitpunkt der Absonderung die deutsche Geschichte von der französischen höchst wesentlich dadurch, daß, während diese von dem Princip der Centralisation beherrscht ist, die deutsche umgekehrt das des Partikularismus in fortschreitender Entwicklung zeigt. Daher die wenige Bedeutung und der geringe Umfang des Alle mit Nothwendigkeit verbindenden Strafrechts, das endlich fast ganz in Vertragsrecht einer Konföderation sich auflöst, während im Uebrigen Alles der lokalen und autonomischen Bildung überlassen ist, und nur die Grundzüge davon ihren Ausdruck in den Rechtsbüchern finden. Eben daher aber auch die Zerreißung der Gerichtsverfassung, der Rechtseinheit und der Gleichheit der Bildungsstufen der Rechtsentwicklung, und als Folge hievon der Abbruch des nationalen Entwicklungsgangs, und das Ueberfluthen des römischen und kanonischen Rechts [2]). Die Reception des fremden Rechts ist sonderbarer Weise gerade das Moment, welches die Einheit des Rechts wiederherstellt, gemäß dem kosmopolitischen Charakterzuge der Nation, welche, zu einer über das Princip der Nationalität und des Staats hinausliegenden Reform in der Sphäre des allgemein menschlichen Gebiets, Religion, Kunst und Wissenschaft, berufen, — auch das universelle Recht des klassischen Alterthums und der allgemeinen christlichen Kirche in das ihrige aufzunehmen und aus einheimischen und fremden Elementen ein neues organisches Ganzes zu schaffen unternahm. Durch die auf allgemeines Gewohnheitsrecht und Reichsgesetze begründete Reception wird seit dem Ende des 15ten Jahrhunderts das römische Recht formell gemeines Recht in Deutschland, wozu aber im Strafrechte insbesondere noch die P.G.O. nebst einigen anderen Reichsgesetzen kommt, welche auch dem nationalen Element in großem Umfang sein Fortleben, ja in den wichtigsten Punkten die Herrschaft über das Ganze versichert.

---

1) Voorda Comm. de Crim. ordinant. 1792. vgl. Boscher Kemper Wetbock van strafvordering. 1838. I. p. 64—123.

2) Zu stark betont Wächter Gem. R. S. 8. die Gemeinsamkeit der Entwicklung in dieser Periode. s. dagegen ebend. S. 178—183.

Allein bald genug regt sich der, selbst mitten in die P.G.O. hineingetretene, Partikularismus auf's Neue; er wird noch einige Zeit durch die Thätigkeit der Reichsgesetzgebung und durch die in den Händen der Gelehrten zusammenlaufende Doktrin und Praxis niedergehalten, während vorerst die Landesgesetzgebung sich noch an der Grundlage des formell gemeinen Rechts festhält. Das Princip des Staats aber, der faktisch bereits in einen Staatenbund aufgelöst ist, provocirt eine nur um so entschiedenere Reaktion des Partikularismus, die auch alsbald eintritt, sowie die Landeshoheit in sich fest geworden ist, und die Wissenschaft sich einigermaaßen von der Fessel des gegebenen Stoffs frei zu machen gelernt hat. Eine Zeit lang entwickelt sich jetzt durch Landesgesetzgebung, Doktrin und Praxis neben dem formell gemeinen Rechte und auf seiner Grundlage noch ein materiell gemeines Recht. Aber mehr und mehr reducirt sich diese materielle Gemeinsamkeit nur noch auf abstrakte Grundzüge, während das partikuläre Element immer mehr Umfang und innere Fülle gewinnt. Schon in der Mitte des 18ten Jahrhunderts reißt sich dann Bayern, am Ende des Jahrhunderts Oestreich und Preußen ganz aus dem gemeinrechtlichen Verbande los, dasselbe geschieht später infolge der politischen Stürme mit den deutschen Rheinlanden, die französisches Recht erhalten. Die Auflösung des deutschen Reichs aber macht jedenfalls dem gemeinen Strafrechte als solchem förmlich ein Ende.

Nun war zwar das bayrische, das preußische und das östreichische Strafrecht mehr oder weniger materiell gemeines Recht geblieben, indem eben den Kern der partikulären Legislation das zu ihrer Zeit formell gemeine gesetzliche und Gewohnheitsrecht gebildet hatte; und, obgleich das Partikularrecht durch die Kodifikation aus der ferneren gemeinschaftlichen Entwicklung losgelassen war, hatte doch die Wissenschaft durch Anknüpfung an den wirklich gemeinsam gebliebenen Stoff mehr oder weniger eine fortdauernde Gemeinsamkeit vermitteln können [1]). Allein mehr auch nicht; und dasselbe war seit 1806 auch für die Länder der Fall, welche das vormalige gemeine Recht noch als Landesrecht beibehielten.

Es wurde nun aber seitdem das wenigstens noch in mehreren Staaten als Landesrecht geltend gebliebene, sog. gemeine Recht auch

1) Wächter Gem. Recht. S. 10.

in diesen meistentheils durch neue Gesetzgebungen verdrängt. So wurde namentlich das bayr. Gesetzbuch v. 1813 schon im Sept. 1814 mit einigen Modifikationen in Oldenburg angenommen [1]; desgleichen das östreichische (bürgerliche und) peinliche Recht i. J. 1817 im Fürstenthum Lichtenstein. Seit 1838 aber traten die neueren, schon oben charakterisirten Strafgesetzgebungen in rascher Aufeinanderfolge hervor, bei deren Abfassung vorzugsweise das bayrische G.B. von 1813, daneben aber die durch dieses hervorgerufenen legislativen und kritischen Arbeiten, insbesondere auch die Vorarbeiten [2] zum hannöverischen Gesetzbuche von Einfluß waren. Im März 1838 erschien das Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen [3], welches im April 1839 im Großherzogthum Sachsen-Weimar, im Mai 1841 im Herzogthum Sachsen-Altenburg, im August 1844 im Herzogthum Sachsen-Meiningen, im Juni 1845 im Fürstenthum Schwarzburg-Sondershausen recipirt wurde. Im März 1839 das von Wirtemberg (dazu im Okt. 1839 ein Polizeistraf-Gesetzbuch und im J. 1843 eine Strafproceßordnung [4]). Im Okt. 1840 das von Braunschweig [5], welches i. J. 1843 im Fürstenthum Lippe (Detmold) eingeführt wurde. Im Nov. 1840 das von Hannover [6]. Im April 1842 das des Großherzogthums Hessen [7]. Im März 1845 das Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden (nebst einer Strafproceßordnung und einem Gesetze über die Gerichtsver-

---

1) Mittermaier im N. Arch. IV. S. 162 f. Ders. d. Strafges.gbg. rc. I. S. 25. f. die Ausg. v. 1837. vgl. Großkopf Arch. f. d. Praxis d. Oldenb. R. seit 1843. In Weimar blieb dasselbe bei der bloßen Absicht vgl. Mittermaier N. Arch. II. S. 54 f. VI. S. 378 f.

2) Bauer Entwurf 1826. Anmerk. dazu. 2 Bde 1828. Vergleichung des urspr. mit dem revid. Entw. 1831.

3) vgl. Mittermaier N. Arch. 1838. S. 319 f. Strafges.geb. I. S. 32—47. II. S. 102—114. Ausg. von Groß mit Bem. von Günther. vgl. v. Watzdorf u. Siebdrat Krim. Beitr. Schriften von Hermann, Schüler, Krug (Studien) bei Mitterm. citt. Kommentare von Weiß und Schaffrath. Jahrbücher von v. Watzdorf (Neue seit 1841).

4) vgl. Mittermaier Die Strafges.geb. I. § 5. II. § 4.

5) eb. I. § 7. II. § 7. Ausg. von Breihman. Vgl. Scholz III. Abriß d. Gesetze rc. in Strafsachen in Braunschw. (Beil. z. Temme's Zeitschr. 1841).

6) Mittermaier a. a. O. I. § 8. II. § 8. Ausg. von Schlüter. vgl. Freudentheil im N. Arch. 1838. 1839. v. Bothmer Erörterungen rc. seit 1842. Meier Beisp. aus der Krim.Praxis. Jurist. Zeitg f. Hannover.

7) Mittermaier a. a. O. I. § 9. II. § 12. Komment. von Breidenbach.

fassung [1]). — Für die zwei größten deutschen Staaten werden neue Gesetzbücher vorbereitet [2]). Endlich gilt in den meisten deutschen Ländern des linken Rheinufers, sowie im Großherzogthum Berg, soweit es nicht aus alten preußischen Provinzen diesseits des Rheins bestand, mit mehr oder weniger Modifikationen das französische Strafrecht [3]). — Dagegen ist das frühere gemeine Strafrecht nur noch geltend in Kurhessen, Mecklenburg, Holstein, der reuß. älteren Linie, in Waldeck, Schaumburg-Lippe, Hessen-Homburg, in den 4 freien Städten mit Ausnahme von Frankfurt a. M. Es gilt also nur noch in sehr geringem Umfang, der überdieß bald noch mehr geschmälert sein wird.

Neue Elemente, die eine Gemeinsamkeit des Rechts vermitteln können, sind nur der deutsche Bund und der Zollverein [4]). Indessen kann durch beide jedenfalls nur ein völkerrechtlich gemeines Recht entstehen, da jeder formellen Rechtseinheit im strengeren Sinne die Souveränetät den einzelnen Staaten im Wege steht. Abgesehen davon hat aber der Bund im Gebiete des Strafrechts bis jetzt nicht mehr geschaffen [5]), als ein Verbot der Kabinetsjustiz und des Nachdrucks, der politischen Vereine und Volksversammlungen, der Aktenversendung in Kriminal- und Polizeisachen, der kommunistischen Vereine und eine Kartellkonvention. Selbst in dem, was er geschaffen hat, sind jedoch nur die Grundzüge gemein, da die konkrete Ausführung, (z. B. in Beziehung auf das Associationsrecht) bei verschiedenen Staaten sehr verschieden auszufallen pflegt. Ja, es wäre nicht einmal zu wünschen, daß die schöpferische Thätigkeit des Bundes in Strafsachen sich über das Gebiet hinaus bethätigte, worin sie bisher sich geäußert hat [6]).

Aus allem Bisherigen ergiebt sich, daß ein gemeines deutsches Strafrecht überall nicht mehr als praktisches [7]), sondern nur noch als historisches Recht existirt [8]). Der Unterschied gegen die Zeit des

1) Mittermaier a. a. O. I. § 6. II. § 10. Komment. von Thilo. vgl. v. Hohehorst Jahrb. des Ob.HofGer. z. Mannheim.

2) Mittermaier a. a. O. II. § 3. 6.

3) Mittermaier a. a. O. II. S. 259—269.

4) Wächter Gemein. Recht S. 220—231.

5) Heffter N. Arch. 1840. S. 223—237. Lehrb. § 13.

6) Hufnagel Komment. z. Wirt. Strafges.buch III. Vorr. S. VIII. vgl. Beseler Volks- und Juristenrecht. S. 235—238. 241.

7) Als solches existirt es nur noch partikularrechtlich.

8) Wächter Gem. R. S. 171—177. 240—244.

gemeinen Rechts ist aber darum minder groß, weil auch in gedachter Zeit die Gemeinsamkeit der Grundzüge die Partikularisation im Einzelnen so wenig ausschloß, daß diese vielmehr bis zu dem Punkte fortwuchern konnte, wo eine völlige Lostrennung der einzelnen Territorialrechte unumgänglich nothwendig wurde, umgekehrt aber jetzt die neuen Strafgesetzgebungen bei aller formellen Besonderheit gleichwohl die gleichen Grundzüge haben [1]), weil sie sämmtlich mehr oder weniger nur die gemeinrechtliche Wissenschaft in ihrem letzten Entwicklungsstadium fixiren wollten [2]). Ohne Zweifel haben sie sogar mehr materiell gemeines Recht, als es die einzelnen deutschen Territorien während des vorigen Jahrhunderts hatten. Trotzdem ist es jedoch durchaus unzulässig, fortan noch von einem geltenden gemeinen deutschen Strafrechte zu reden, welches am wenigsten [3]) durch Abstraktion des Gemeinsamen aus den einzelnen neuen Strafgesetzbüchern gebildet werden könnte, weil dies wegen der Souveränetät der einzelnen Staaten ohne alle praktische Bedeutung wäre. Vielmehr ist das praktische Strafrecht eben nur als Partikularrecht vorhanden, und die Darstellung des deutschen Strafrechts kann nur noch die Aufgabe der Rechtsgeschichte, und zwar, wenn sie ihren wahren Werth für Gegenwart und Zukunft haben soll, der philosophischen Rechtsgeschichte sein [4]).

1) vgl. Häberlin Grundsätze d. Krim.Rs nach den neueren Deutsch. Strafgesetzbüchern (Bd. 1. 1845).

2) Allerdings haben sie auch noch andere Ingredienzien, insbesondere philosophische und kriminalpolitische (s. o.); sodann schöpfen sie vielfältig aus schon früher gebildetem Partikularrecht; ferner nimmt die eine oft die andere oder mehrere andere, auch wohl bloße Entwürfe, oder außerdeutsche Gesetzgebungen in größerem od. geringerem Maße zum Vorbild. Wächter a. a. O. S. 245 f.

3) wie Mittermaier Die Strafges.gebung in ihrer Fortbild. II. S. 9. 57 meint, s. dagegen Wächter Gem. Recht S. 248—254.

4) Stein in d. deutsch. Jb. 1842 nr. 70 f. Die Polemik hiegegen bei Wächter a. a. O. S. 254—258 beruht auf einem Mißverständnisse, da keineswegs die Meinung ist, daß die Philosophie der Rechtsgeschichte ein praktisch gemeines Recht darstellen könne, hierüber vielmehr volle Uebereinstimmung mit Wächter herrscht, andererseits aber hier auch nicht unter Philosophie das oberflächliche Abstraktum, welches dieser unterschiebt, sondern die Erkenntniß und Darstellung des specifisch deutschen Rechtsgeistes und seiner ideegemäßen Entwicklung verstanden wird. vgl. Meinen Art. über jurist. Theorie und Praxis in d. Monatsbl.. zur A. A. Z. 1846. Maiheft.

Eine theilweise Modifikation der hier aufgestellten Ansichten, welche namentlich durch die seit Abfassung des gegenwärtigen Abrisses der Geschichte erfolgte Erlassung des preussischen Strafgesetzbuchs vom 14. April 1851 und des östreichischen Strafgesetzbuchs vom 27. Mai 1852 veranlaßt sein mag, ist enthalten in der Einleitung und Schlußbemerkung zu der in Goldtammer's Archiv für preussisches Strafrecht erschienenen Abhandlung der Unterschlagung, nach den neuen deutschen Gesetzbüchern dargestellt (Bd. IV. S. 47—49. 166—169).

Ihr hieher gehöriger Inhalt geht dahin:

„Daß das Deutsche Strafrecht seit der modernen Codification in einen buntscheckigen Partikularismus zerfahren ist, wird eine jetzt wohl fast allgemein anerkannte Thatsache sein. Nur wenige optimistischen Träumer halten noch an dem Aberglauben an ein gemeines (d. h. ein wirklich bestehendes, thatsächlich lebendes gemeines) Recht auf diesem Gebiete fest. Sie finden aber bei Niemanden mehr Glauben, der mit eigenen Augen zu sehen gewohnt ist und unter dem Recht gebührendermaßen eine praktisch greifbare, unmittelbar anwendbare, dem konkretesten Bedürfniß entgegenkommende Existenz versteht. Der hohe, gerade bei der praktischen Zerfahrenheit doppelt und dreifach hoch anzuschlagende geschichtliche Werth einer genauen Kenntniß der Entwicklung des gemeinen Rechts bis zu seiner Ausästung in Sonderrechte ist eine andere Sache. Dieses gemeine Recht und seine wissenschaftliche Verarbeitung ist aber eben nur noch eine geschichtliche Potenz. Es steckt zwar materiell, mehr oder minder modificirt, in allen Sonderrechten. Aber es erklärt nur diese, es ist selbst keine praktisch wirkende Macht mehr, nicht einmal subsidiär. Es führt daher nur zu heilloser Verwirrung, wenn sich die gangbaren Lehrbücher so anstellen, als lehrten sie mit gedachtem gemeinen Rechte, das überdies nur immer das gemeine Recht nach der individuellen Auffassung des Verfassers ist, etwas wirklich Lebendiges. Die Richter können solche Abstractionen nicht brauchen; sie dienen nur etwa den Anwälten zur Rüstkammer, wenn es gilt, einem wirklich bestehenden Rechte in **favorem defensionis** ein Bein unterzustellen. Gewiß ist es aber kein geringer Uebelstand, daß das Recht, welches in den gangbaren Lehrbüchern gelehrt wird, großentheils unpraktisch, dagegen das wirklich praktische in einer der Zahl und der Größe nach immer mehr anwachsenden partikularrechtlichen Literatur von Commentaren, Zeitschriften und Monographien verzettelt ist.

Damit hängt es nun zusammen, daß zwar die Thatsache der Partikularisation des Strafrechts allbekannt, dagegen die Art und Größe derselben, überhaupt alles Genauere davon, den Wenigsten deutlich ist. Den Praktikern gibt in der Regel das eigene Landesgesetzbuch viel zu viel zu thun, als daß sie Zeit hätten, sich um die Nüsse zu bekümmern, welche die Nachbarn aufzuknacken haben. Wenn sie es aber je für gut finden, von der vergleichenden Rechtswissenschaft Gebrauch zu machen, so geschieht es meist nur in sporadischer und fragmentarischer Weise, um einzelne Punkte zu beleuchten, einzelne Controversen nach verwandten Gesetz-

gebungen zu entscheiden u. dgl. Von Uebersichtlichkeit, Vollständigkeit ist dabei nicht die Rede, sie ist in der Regel von vorn herein nicht beabsichtigt. Schlägt man dagegen die theoretischen Schriften auf, so findet man — abgesehen von einigen neuern Monographien — zwar die neuen Gesetzgebungen (nur zu oft in wenig zuverlässiger Weise) citirt, resp. abgedruckt, aber nicht verarbeitet. Gewiß wird kaum Jemand im Stande sein, aus solchen trockenen, an den Faden gereihten, gewöhnlich sehr lückenhaften Notizen irgend ein nur oberflächliches Bild von den Deutschen Strafrechtszuständen zu gewinnen. Auch das bekannte Werk von Häberlin, abgesehen davon, daß mehrere wichtige neuere Gesetzgebungen darin fehlen, fördert die wahre Einsicht nur wenig, da es vorherrschend eben nur Compilation ist und wo eine Verarbeitung versucht wird, die solide wissenschaftliche Grundlage fehlt.

Diese Lücke habe ich vorerst für den allgemeinen Theil des Strafrechts durch den ersten Theil meines Systems des Deutschen Strafrechts einigermaßen auszufüllen gesucht. Ich hoffe darin ein, so weit es möglich war, verlässiges und übersichtliches Bild der wesentlichen Verästungen der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis in der modernen Gesetzgebung [1]) aufgerollt zu haben. Die Schilderung wird auf Jeden, der nicht schon den Thatbestand kannte, den Eindruck des Erstaunens darüber machen, daß selbst in den allgemeinsten Grundlagen eine so große, großentheils sehr wesentliche Abweichung der verschiedenen Gesetzgebungen unter einander möglich sei. Das Erstaunen wird einigermaßen gemildert durch die Erinnerung an den lebhaften Streit der Strafrechtstheorien, der eben in der 1. Hälfte dieses Jahrhunderts gährte und naturgemäß dazu führte, daß aus verschiedenen Grundprinzipien gerade für die Lehren des allgemeinen Theils auch verschiedene Consequenzen entwickelt werden mußten; — immerhin aber nur einigermaßen. Denn fast alle neuern Gesetzgebungen tragen in philosophischer Hinsicht das Gepräge des Eklektizismus an sich, wobei freilich die Karten überall ziemlich verschieden gemischt sind und überall mehr oder minder das System der Abschreckung vorherrscht, wie es im bairischen Strafgesetzbuch resp. was das neue Preussische betrifft, im Code pénal vorgebildet ist [2]).

Man sollte nun freilich meinen, die Tendenz zur Abweichung werde im besondern Theile weniger sich geltend machen, da es sich hier doch vorzugsweise nicht um wissenschaftliche Grundprobleme handelt, deren verschiedene Auffassung allerdings folgerichtig eine sehr verschiedene Gestaltung der Lehren des allgemeinen Theils, im Grunde sogar eine noch größere, als die neuere deutsche Gesetzgebung sie thatsächlich zeigt, bedingt. Zwar reichen natürlich diese allgemeinen Lehren größtentheils auch in die besondern hinüber, bestimmen Art und Größe der Strafe,

1) Wächter in Schletter's Jahrb. d. deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung I. 2. S. 112 spricht zwar über die Verdienstlichkeit eines solchen Versuchs zum Voraus ab, da jeder Schriftsteller nur Ein Partikularrecht gründlich zu kennen und darzustellen vermöge. Allein so sehr ich wünsche, daß der von W. bezeichnete Weg beschritten und verfolgt werden möge, so wenig glaube ich doch, daß dadurch eine Darstellung wie die meinige ausgeschlossen werde und als verdienstlos erscheine. Zwischen der eindringenden Detaildarstellung und der bloß encyklopädischen Uebersicht gibt es doch wohl ein Mittleres!

2) Das östreich. Strafgesetzbuch steht weder unter dem Einflusse der Feuerbachschen, noch unter dem der Philosophie des Code pénal, wohl aber unter dem der ältern Präventionstheorie, die freilich minder einseitig war. Das revid. Gb. hat hierin nur wenige Modificationen im Sinne des modernen Eklekticismus erfahren.

Strafzumessungs-, Schärfungs- und Milderungsgründe u. s. f. Allein vornehmlich ist doch im besondern Theil nicht mehr das Princip in Frage, sondern es handelt sich wesentlich nur um die richtige Auffassung des im Volksinstinkt dem Keime nach gelegenen und mit der fortschreitenden Entwicklung des nationalen Rechtsbewußtseins weiter ausgebildeten Thatbestandes der einzelnen Verbrechen. Hier ist also vorherrschend nicht philosophischer, sondern historischer Boden. Die Erwartung erscheint mithin als sehr natürlich, daß hier viel größere Gemeinsamkeit herrschen werde, wie denn ja erst neuestens gerade dies als etwas ganz Bekanntes ausgesprochen wurde, d. h. daß der innere Unterschied des allgemeinen und des speciellen Theils des Strafrechts sich unter Anderem auch in der beachtenswerthen Thatsache offenbare, daß die Zahl der Streitfragen in letzterem unverhältnißmäßig geringer sei, als in ersterem, und daß die Kontroverse dort durchweg einen exegetischen Charakter habe, während sie hier größtentheils in aprioristischer Weise geführt werde [1]).

Gleichwohl wird man bei genauerem Nachsehen finden, daß die neueren Gesetzgebungen im besonderen Theile das Gegentheil des variatio delectat kaum in viel geringerem Grade zu schmecken geben, als im allgemeinen Theile.

Zur Erklärung dieser auffallenden Erscheinung reicht die Hinweisung auf die bekannte Souveränetätsbehauptungssucht der deutschen Staaten, besonders der mittleren und kleineren, ihr fieberhaftes Bestreben, ihre Individualität auf Kosten der nationalen Einheit möglichst zur Geltung zu bringen, nicht aus. Ebensowenig genügt die Hinweisung auf die doch immer nur für einzelne Verbrechen und Verbrechensgruppen entscheidende Verschiedenheit im Grade der politischen Entwicklung, die ohnedies seit dem Jahre 1848 sehr merklich modificirt worden ist. Vielmehr ist, von manchem Anderen abgesehen, der letzte Grund auch hier in der seit Jahrhunderten immer mehr fortgeschrittenen Verkümmerung der staatlichen und nationalen Einheit Deutschlands zu suchen, vermöge deren das Recht particularrechtlich auswucherte und die Doctrin die Möglichkeit verlor, sich aus dem allgemeinen Volksbewußtsein Raths zu erholen, daher denn die Doctrin immer mehr sich particularrechtlich färbte und andererseits die Particulargesetzgebung an die buntscheckig werdende Doctrin sich anschloß, — eine sehr natürliche Wechselwirkung, da Doctrin, Praxis und Gesetzgebung Jahrhunderte lang in den Händen des Juristenstandes lag.

Auch im besonderen Theile des Strafrechts, selbst bei den Privatverbrechen, bei welchen man es am allerwenigsten erwarten sollte, zeigen die neuen Gesetzbücher vielfache Abweichungen nicht etwa blos in Modalitäten, die nur um einen festen Kern herspielen, sondern in Beziehung auf fast alle wesentlichen Momente des Thatbestandes, ja die ganze Auffassung und systematische Stellung des Delicts.

Hiebei darf man sich doch wohl ernstlich die Frage vorlegen: wohin das noch führen soll?

Der in den neuen Gesetzbüchern ausgesäete Particularismus beginnt nur erst seine Früchte zu zeigen. Selbst die frühesten derselben leben, so sehr man ihnen auch schon hat nachhelfen müssen, noch nicht sehr lang, und andere sind neuen und neuesten Datums. Gehen sie nun schon jetzt, schon beim ersten

1) Walther in der Münchener krit. Ueberschau ꝛc. III. Bd. 1. H. S. 23.

Ueberblick so auffallend auseinander, wie wird es erst werden, wenn sie sich immer mehr einleben, wenn ihr particularistisches Leben erst recht auskocht, wenn seine Centrifugalität durch das eiserne Gebot der Nothwendigkeit erst recht zum Gähren und Ausschlagen nach allen Seiten hin gebracht wird?

Glaube man nur nicht, daß es bei den bisherigen Anfängen bleiben werde, die man in optimistischer Schlaffheit etwa noch für harmlos halten mag! Schon diese Anfänge sind keineswegs unbedeutend. Aber der particularistische Keim wird von Jahr zu Jahr immer üppiger wuchern. Wer an der Berufung auf die Natur der Sache Anstoß nehmen sollte, der kann einfach darauf verwiesen werden, daß die Prophezeihung nicht nur etwa bei dem österreichischen und bairischen Gesetzbuche, die ein älteres Datum haben, sondern auch bei den Gesetzbüchern seit 1838 bereits nur zu sehr in Erfüllung gegangen ist. Zudem bedenke man, daß der Zeitraum selbst seit 1813 für das volle Sichausleben einer Strafgesetzgebung ein sehr kurzer war, daß es im Gebiete einer solchen Gesetzgebung eine Menge der wichtigsten Fragen gibt, über welche, weil sie selten vorkommen, eine feste Ansicht sich nur sehr langsam bilden kann, daß in den Gesetzbüchern, die derzeit in Wirksamkeit sind, unfehlbar noch eine Menge von Controversen schlummert, die erst noch erwachen werden. Besonders aber bedenke man, daß bis jetzt immer noch, wenn auch mit immer mehr schwindendem Boden, eine sorgfältig gepflegte Dogmatik des „gemeinen deutschen Strafrechts" vorhanden war, an die man sich anlehnen, auf die man im Nothfalle zurückgreifen konnte, wenn man sich, vom Particularrecht im Stiche gelassen, in Zweifel und Verlegenheit gestürzt oder gar mit dem wissenschaftlichen Bewußtsein in Conflikt gebracht sah.

Freilich hatte nun dieses eventuelle Anlehnen an die gemeinrechtliche Wissenschaft schon bisher seine sehr bedenkliche Seite. Wenn es einerseits wohlthätig wirkte, indem es immer noch ein Gegengewicht gegen den Particularismus bildete und jene Wissenschaft zu einer Art von gemeinschaftlicher Vorrathkammer machte, aus welcher sich je nach Bedarf alle Particularrechte versorgten und aus welcher die Erinnerung an den gemeinschaftlichen Ursprung von Zeit zu Zeit immer wieder aufgefrischt wurde, so ist doch andererseits nicht in Abrede zu ziehen, daß gerade diese Ergänzung aus der gemeinschaftlichen Doktrin (soweit sie nicht etwa durch die Entstehungsgeschichte des bestimmten Gesetzbuches unmittelbar gefordert war) gegen die Fundamentalgrundsätze über die Auslegung und Anwendung einer in sich geschlossenen Gesetzgebung verstieß und deßhalb durchaus zu verdammen war, — wie denn auch die österreichische Jurisprudenz seit 1803 von diesem Gesichtspunkte aus ganz mit Recht die Individualität des Gesetzbuches wahrte und sich, mit Preisgebung aller Vortheile, die das Festhalten am gemeinrechtlichen Bande hätte haben können, völlig isolirte. Abgesehen nun aber vom preußischen Gesetzbuche, welches (wie theilweise auch der neue bairische Entwurf) dem Festhalten am nationalen Stamme den Anschluß an das französische Recht vorgezogen hat, wird selbst jene Möglichkeit der Erhaltung einiger Gemeinsamkeit durch subsidiäres Zurückgreifen auf die gemeinrechtliche Wissenschaft von jetzt an bald ganz verschwinden, weil mit dem gänzlichen Abkommen des bisher sogen. gemeinen Rechts als eines praktischen nothwendig auch die Dogmatik des sogen. gemeinen Rechts ein Ende nehmen muß. Wenn in Kurzem kein Fuß breit

deutscher Erde mehr übrig sein wird, der nicht unter einer besondern Landesgesetzgebung in Strafsachen stünde, so muß die gemeinrechtliche Wissenschaft, wenn sie nicht leeres Stroh dreschen will, sich ganz in Rechtsgeschichte verwandeln, und die Dogmatik muß sich in ebensoviele besondere Disciplinen auflösen, als es eben neue Gesetzbücher geben wird. Freilich eine Aussicht, die einer großen Nation — man muß es mit bitterem Schmerze sagen — unbeschreiblich würdig ist!

Folgt nun aber aus alle dem, daß man die Codification des Strafrechts beklagen und an der Fähigkeit unserer Zeit dazu verzweifeln soll? Gewiß nicht. Wohl aber erhellt daraus, daß die Codification in Deutschland auf einem falschen und verderblichen Wege ist. In der Regel (mit Ausnahme der beiden Großstaaten) geht dieselbe von vorn herein mit viel zu geringen Mitteln ausgerüstet an's Werk. Es fehlt an dem gehörigen Reichthum praktischer Erfahrungen, an dem erforderlichen Blick und Takt in der leitenden Region, an der gehörigen Zahl und besonders an dem gehörigen Gleichgewicht der unmittelbar arbeitenden Kräfte, von den Pfuschereien noch ganz abgesehen, die so häufig einem erträglich guten Entwurf auf der Laufbahn der ständischen Berathung noch angehängt werden. Indessen wenn nur immer die vorhandenen Mittel gehörig genützt würden! Wenn man nur nicht gerade Eines beharrlich mißachtet und nur nebenbei zu Hülfe genommen sehen müßte, dessen anspruchlose und gewissenhafte Benützung für manche Mängel entschädigen würde, die man bei kleinstaatlicher Gesetzgebung nun einmal nothwendig in den Kauf nehmen muß. Aber leider — und dieß gilt von den Großstaaten ebenso — leider sucht man wo möglich allen Ansprüchen gerecht zu werden, nur nicht dem Einen, welcher an erster Stelle beachtet werden sollte, dem Anspruch an Festhaltung der nationalen Einheit. Ueber dem unsicheren Bestreben nach dem absolut Besten wirft man das gewisse Gute hinweg, was in der treuen Bewahrung des gemeinrechtlichen Schatzes läge. Scheint es doch oft sogar, als ob man sich des Schöpfens aus dieser Quelle schämte und nur mit dem sich brüstete, was man von Apartem beizubringen weiß!

Sehr richtig hat eine der ersten Autoritäten im Strafrechte, Wächter[1]), erst kürzlich wieder das Traurige dieses Rechtszustandes für eine große Nation auseinandergesetzt und beigefügt: „Daß man bei den isolirten Kodificationen nicht stehen bleiben sollte, kann nicht oft genug und nicht dringend genug ausgesprochen werden. Gemeinsamkeit des Rechtes ist eines der wichtigsten und festesten Einigungsbande für die Stämme einer Nation, ein Band, welches das Zusammengehören erst recht zum vollen Bewußtsein bringt und demselben den größten Werth verleiht und in Gefahr und Noth eine Festigkeit beweisen würde, wie sie von anderen, mehr äußerlichen Banden nicht gehofft werden kann. Dabei ist sie von unschätzbarer Bedeutung für eine gedeihliche Fortbildung des Rechts durch Wissenschaft und Praxis. Sie ist namentlich nothwendig, wenn das Recht selbst nicht wesentlich leiden soll durch Entbehrung einer wahrhaft ersprießlichen Hülfe von Seiten der Wissenschaft.“ Wächter prophezeiht, wenn unser Recht in dem Particularismus von mehr als einem Dutzend Gesetzgebungen beharre, so werde die Wissenschaft entweder in dieser Masse von verschiedenen Kodificationen ihre Kräfte in unfruchtbarer Weise zersplittern müssen oder sich nur ein-

---

1) In Schletter's Jahrbüchern d. deutschen Rechtswissenschaft I. 2. S. 111 ff.

zelner Particularrechte annehmen können, die übrigen aber im Wesentlichen mehr zur Seite liegen lassen müssen. Ich halte diese Alternative für nicht richtig, denn der zweite Theil ist mit dem ersten wesentlich identisch, wie dieß auch aus Wächter's weiterer Ausführung hervorgeht. Wir werden vielmehr, ganz offen gesagt, sehr bald gar kein deutsches Strafrecht mehr haben, sondern nur noch ein österreichisches, preußisches, sächsisches, bairisches, württembergisches, hannöverisches, braunschweigisches, oldenburgisches, hessisches, badisches, nassauisches, Sachsen-weimarisches, Koburg-gothaisches, meiningisches, anhaltisches, schwarzburgisches, reußisches jüngere Linie u. s. f. — Freilich wird das Strafgesetzbuch für den reußischen Staat jüngere Linie eine weniger bedeutende Doktrin und Praxis groß zu ziehen vermögen, als das österreichische und preußische. Allein auch die österreichische und preußische Strafrechtswissenschaft wird nicht zu beneiden sein. Sie wird zwar nicht dem unausbleiblichen Versinken und Verdumpfen verfallen, welches der Particularrechte von geringerem und geringstem Gebietsumfange wartet. Aber einer traurigen Halbheit, einer fröstelnden Oede, einem unheimlichen Gefühl trostloser Isolirtheit und Heimathlosigkeit wird sie bei allem Talent ihrer Bearbeiter nimmermehr entgehen können. Welche Früchte soll der Ast noch tragen, wenn der Stamm allmälig unaufhaltsam verdorrt?

Es ist wahre Gewissenssache, die mahnenden Worte Wächter's durch rückhaltlose Beistimmung zu bekräftigen. Allein ich gestehe offen, daß ich mir von der Resignation, womit er die Wissenschaft selbst auf die particularrechtliche Sphäre verweist, nicht viel verspreche. Er meint, gerade durch die tüchtige Durchbildung einzelner (?) Particularrechte werde einer gemeinsamen Gesetzgebung wesentlich vorgearbeitet werden. Ich halte dieß nur in dem Sinne für wahr, daß auf diesem Wege die Trostlosigkeit des jetzt im Beginn begriffenen Zustandes bis zur absoluten Unerträglichkeit gesteigert werden muß, ohne damit dem widersprechen zu wollen, was ich am Ende der Vorrede zu meinem System des deutschen Strafrechts über den relativen Werth isolirter Kodification gesagt habe. Meine Ueberzeugung ist aber, daß die Wissenschaft eben jetzt in einer furchtbaren Klemme sich befindet, daß von ihr nicht die Rettung, sondern höchstens die Hinhaltung der tödtlichen Krisis des deutschen Strafrechts erwartet werden kann.

Mit Recht schließt auch Wächter seinen Aufsatz damit, daß es eine der wichtigsten Aufgaben der deutschen Regierungen sei, den Particularismus auf dem Gebiete des Rechts zu überwinden und zum großen Werke einer gemeinsamen Gesetzgebung sich zu einigen. Das ist der springende Punkt. Nur die Gesetzgebung kann helfen; und sie muß helfen, wenn nicht alle bisherige Errungenschaft der deutschen Wissenschaft im strafrechtlichen Gebiete unrettbar verloren gehen soll.

So wie die Sachen jetzt liegen, gehöre ich nicht zu den Optimisten, die wirklich auf den Entschluß zu einer gemeinsamen Gesetzgebung ihre Hoffnung setzen. Wohl aber ist ein Doppeltes möglich, wodurch schon unendlich viel gewonnen wäre. Es wäre 1) ein sehr vernünftiger, ihnen selbst im höchsten Grade heilsamer Akt, wenn die kleineren deutschen Staaten sich entschließen könnten, sich lediglich und rückhaltslos an eines der bedeutenderen Gesetzbücher anzuschließen, denn auf die Dauer können sie sich in ihrer aparten Stellung gar nicht behaupten, ohne rettungslos, weil von der Wissenschaft aufgegeben,

dem lebendigen Tode zu verfallen; 2) aber wäre es ebenso vernünftig und ersprießlich, wenn die größeren Staaten bei Gelegenheit der für alle über kurz oder lang nothwendig werdenden Revision ihrer Strafgesetzbücher mindestens ihr Hauptaugenmerk darauf richten wollten, alle fremdartigen, dem deutschen Rechtsbewußtsein nicht entsprossenen Elemente auszustoßen und vornehmlich nur aus der jetzt noch offenen, bald aber dem Versiegen anheimfallenden Quelle der gemeinrechtlichen Wissenschaft noch in der elften Stunde zu schöpfen.



